



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>

WIDENER LIBRARY



HX GFDZ 0

AH 7203.141



Harvard College Library.

FROM

THE LIBRARY OF

PROFESSOR E. W. GURNEY,

(Class of 1852).

Received 21 June, 1891.

Ausführliche Erläuterung
der
P a n d e c t e n,
nach
Hellfeld
ein C o m m e n t a r

von
D. Christian Friedrich Glück
Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der
Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Neunten Theils erste Abtheilung.

E r l a n g e n
verlegt bey Johann Jacob Palm
1 8 0 8.

~~PL 9255~~

AH 7203.141

Harvard College Library.

29 June 891

From the Library of

Prof. E. W. GURNEY.

Lib. VII. Tit. I.

De usufructu, et quemadmodum quis
utatur fruatur.

§. 620.

Entwicklung des Begriffs von *Servitus* oder Dienstbarkeit.

Von der vindikation körperlicher Sachen oder den Eigenthumsklagen kommen die Verfasser der Pandecten auf diejenigen Realklagen, die wegen der Servituten Statt haben. Ulpian ¹⁾ rechnet dahin, die *actio confessoria* und *negatoria*. Allein es ist, wie schon an einem andern Orte ²⁾ bemerkt worden ist, im Grunde die Eigenthumsklage, womit man die Freiheit des Eigenthums von einer Servitut behauptet ³⁾. Hingegen ist die *actio confessoria* die eigentliche *vindicatio servitutis*, welche aus dem Rechte der Dienstbarkeit selbst entspringt. Indessen ist von beiden hier zu handeln. Es ist nun zu

1) L. 2. pr. D. Si servitus vindicet. De servitutibus in rem actiones competunt nobis tam confessoria, quam negatoria: confessoria ei, qui servitutem sibi competere contendit: negatoria domino, qui negat.

2) S. im 8ten Theil §. 576. Not. 61. S. 26.

3) Vergl. Hugo Lehrbuch der Pandecten. (Dritte Aufl. Berlin 1805.) §. 195.

zuvörderst eine genaue Erörterung der Lehre von Servituten voranzuschicken. Diese Lehre ist eine von denen, deren Entwicklung mit nicht geringen Schwierigkeiten verknüpft ist, und sie kann mit Recht ein Meisterstück des juristischen und philosophischen Geistes der Römer genannt werden. Im Ganzen ist sie vom Westphal ⁴⁾ meisterhaft bearbeitet worden. Doch verdient auch Joh. D'Avellan ⁵⁾ empfohlen zu werden. Edmund Merill ⁶⁾, Janus a Costa ⁷⁾ und Franz Ramos del Manzano ⁸⁾ erläutern hingegen bloß den ersten Titel des 8ten Buchs de Servitutibus, und zwar letzter wissenschaftlich, die beiden erstern aber exegetisch. Bey weitem gründlicher ist jedoch die wissenschaftliche Entwicklung der Lehre des römischen Rechts von den dinglichen Dienstbarkeiten vom Herrn Prof. Zacharia ⁹⁾. Die Schriften über einzelne Materien werde ich am gehörigen Orte anzeigen.

Es kommt nun zuvörderst auf den Begriff von Servitut oder Dienstbarkeit an. Hier ist vor allen Dingen

4) Interpretationes iuris civ. de libertate et servitutibus praediorum artis ordine digestae. Lipsiae 1773. 8.

5) Servitutum liber in Ger. MEERMANI novo Thes. iuris civ. et canon. Tom. IV. pag. 119. sqq.

6) Ad Tit. Dig. de Servitutibus Commentarius: in Ev. OTTONIS Thes. iur. Rom. Tom. III. pag. 634. sqq.

7) Ad Tit. 1. Libr. 8. D. de Servitutib. mit B. VOORDA Anmerkungen in Jani a COSTA Praelection. ad illustriores quosdam Titulos locaque selecta iuris civ. Lugd. Batav. 1773. 4.

8) Commentar. ad tit. D. de Servitutibus. in Ger. MEERMANI Thes. cit. Tom. VII. pag. 43. sqq.

9) In Hugo civilistischen Magazin 2. Band. S. 328. ff.

gen zu bemerken, daß der Begriff von Servitut im Personenrecht, von dem im Sachenrecht ganz verschieden sey; beide dürfen daher nicht, wie vom Bartolus geschehen ist, mit einander verwechselt werden. Dort hieß *Servitus* (Sklaverey) der Zustand eines Menschen, vermöge dessen er sich in dem Eigenthum eines Andern befindet. Von dieser konnte man mit Wahrheit sagen: *domino res sua servit*. Denn auch Sklaven wurden als Sachen betrachtet. Sie waren die eigene Sache ihres Herrn. Dahingegen widerstreitet es der Natur einer Servitut im Sachenrecht, daß dem Eigenthümer seine eigene Sache diene. Vielmehr ist eine Sache für desto freyer zu halten, je unumschränkter der Eigenthümer darüber zu verfügen berechtigt ist. Hier sagt man nur dann, die Sache sey dienstbar, wenn das Verfügungsrecht des Eigenthümers durch fremde Einwirkung beschränkt wird, so daß derselbe zum Nutzen eines andern Subjects nicht alles das thun darf, wozu er sonst als Eigenthümer berechtigt seyn würde.

Hier wird also Servitut der Freyheit des Eigenthums entgegengesetzt, von welcher letztern an einem andern Orte ¹⁰⁾ gehandelt worden ist, und darunter im eigentlichen Sinn eine die Freyheit des Eigenthums beschränkende moralische Eigenschaft einer Sache verstanden, vermöge welcher der Eigenthümer derselben, zum Vortheil eines Andern, in gesetzmäßiger Art etwas zu leiden oder

A 2

zu

10) C. des 8. Theils 1. Abth. §. 576, C. 44. Ist eine Sache von aller Dienstbarkeit frey, so heißt sie *res optima maximae*. L. 90. et L. 169. D. de Verb. Signific.

zu unterlassen verpflichtet ist ¹¹⁾). Ulpian ¹²⁾ drückt in dieser Hinsicht das Wesen der Servitut sehr richtig aus, wenn er sagt, es sey eine *qualitas rei imposititia, qua quis ius suum deminuit, alterius auxit*.

So wie nun durch jede Servitut auf der einen Seite das Recht des Eigenthümers, der sie auf seiner Sache leiden muß, vermindert wird; so begründet sie auf Seiten desjenigen, zu dessen Vortheil sie bestellt worden ist, ein dingliches Recht, eine fremde Sache innerhalb den bestimmten und gesetzmäßigen Gränzen zu benutzen, und da aus diesem dinglichen Rechte nur eigentlich die *vindicatio servitutis*, d. i. die *actio confessoria* entspringt, so ist daher zu erklären, warum die römischen Rechtsgelehrten sich unter einer Servitut immer nur ein Recht gedenken. Daher sagt J. B. Cajus ¹³⁾: *Creditori, cui pignoris nomine praedium tenetur, permittendum est, de iure, id est, de servitute, opus novum nunciare: nam ei vindicatio servitutis datur*; und Paulus ¹⁴⁾ sagt: *Ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*. Es geschieht demnach im uneigentlichen Sinn, wenn

11) Ueber den Begriff vergleiche man Hug. DONELLI *Commentar. iuris civ. Lib. IX. cap. 21. pag. 476.* Lud. VITALIS *Lectio. variar. Lib. II. cap. 2. (in Ev. OTTONIS Thes. iur. Rom. Tom. II. pag. 658. sq.)* Io. D' DAVEZAN *Servitutum liber P. II. Cap. I. (bey MEERMANN T. IV. pag. 125.)* Arn. VINNII *Commentar. ad Institut. Lib. II. Tit. 2. nr. 5. und Io. Frid. WAHL Diff. de Servitutibus. Goettingae 1748. Meletem. I.*

12) L. 5. §. 9. in fin. D. de operis novi nunciat.

13) L. 9. D. eodem.

14) L. 1. D. b. t.

wenn Servitut, für Dienstbarkeitsrecht, *ius servitutis*, genommen, das dingliche Recht auf einer fremden Sache genannt wird, welches dem Eigenthümer die Pflicht auflegt, zum Vortheil eines Andern entweder etwas zu leiden, und zu gestatten, was er sonst, als Eigenthümer, nicht zu leiden und zu gestatten schuldig wäre, oder etwas zu unterlassen, wozu er sonst, als Eigenthümer, befugt wäre. Wenn Zellsfeld sagt: *SERVITUS est ius reale, utilitatem percipiendi ex re aliena*, so ist dieser Begriff nicht genau genug bestimmt. Denn zum genauen Begriff gehört auch noch, daß die Benutzung der fremden Sache durchaus nur in einem Rechte auf das Leiden, oder auf das Nichtthun des Eigenthümers bestehen muß ¹⁵⁾).

Eine Servitut ist also

1) ein dingliches Recht, welches dem Berechtigten vermöge einer der dienenden Sache inhärierenden Qualität zusteht. Sie kann daher nach der Regel: *res cum sua causa transfertur* ¹⁶⁾, gegen jeden Besitzer der Sache geltend gemacht werden. Bin ich hingegen bloß *ex iure obligationis* befugt, eine fremde Sache zu benutzen, z. B. weil sie mir geliehen oder verpachtet worden ist, so muß zwar auch der Eigenthümer etwas leiden, allein mein Recht ist keine Servitut, denn es hört auf,

A 3

wenn

15) E. Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 60. (der dritten Aufl.)

16) L. 67. D. de contrah. emt. L. 20. §. 1. D. de acquir. rer. dom. In dieser letztern Stelle heißt es: *Quoties dominium transfertur, ad eum, qui accipit, tale transfertur, quale fuit apud eum, qui tradit. Si servus fuit fundus, cum servitutibus transit; si liber, uti fuit.*

wenn der Eigenthümer seine Sache veräußert, und der Käufer mir es nicht ferner gestatten will.

2) Bey einer Servitut ist immer eine Sache Object des Rechts. Sie kann daher nicht auf der Person des Eigenthümers ruhen. Ein Versprechen des Eigenthümers einer Sache, daß er und alle künftige Besitzer seiner Sache, zu Gunsten einer andern Person oder Sache, gewisse dem Promissar vortheilhafte positive Handlungen leisten wollen, würde zwar den Promittenten, und etwa auch desselben Erben verbinden, so wie dem Promissar und allenfalls desselben Erben ein Recht geben; keinesweges aber kann es den Singularsuccessoren beyder Contrahenten nachtheilig oder nützlich seyn. Denn es ist ein Grundsatz des römischen Rechts, daß Niemand aus den Verträgen eines Dritten ein Recht erwerben, noch vollkommen daraus verpflichtet werden könne. Es kann also eine auf die Person der Contrahenten eingeschränkte Verbindlichkeit keine Servitut seyn, weil sie der Natur einer Dienstbarkeit widerspricht, als welche allen Besitzern der dienenden Sache eine Last auflegen soll. Hieraus erklärt sich der Grundsatz des römischen Rechts: *Nullus servitutum in faciendo consistere posse* ¹⁷⁾.

3) Jede Dienstbarkeit ist ein Recht an einer fremden Sache. Daher kann man auf seiner eignen Sache keine

17) L. 15. §. 1. D. de Servitut. Man vergleiche hier vorzüglich Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 1. B. 2. Abh. Schömanns Handbuch des Civilrechts. 1. B. Nr. VII. §. 378. ff. und Zacharia wissensch. Entwickelung §. 10. bey Hugo im civilist. Magazin 2. B. §. 337. f.

keine Dienstbarkeit ausüben. Es ist vielmehr ein unbeschränkter Grundsatz: *rem suam nemini servire* ¹⁸⁾, ohne welchen viele Gesetze ¹⁹⁾ nicht verstanden werden können. An einer gemeinschaftlichen Sache hingegen läßt sich insofern allerdings eine Servitut erwerben, als der eine Theilhaber dem andern ein besonderes Recht an der gemeinschaftlichen Sache einräumt, welches er sonst vermöge der Gemeinschaft nicht gehabt haben würde ²⁰⁾. Es kann auch die eigene Sache des einen Miteigenthümers der gemeinschaftlichen, so wie die gemeinschaftliche Sache der

A 4

eigenen

18) L. 5. pr. D. Si usufruct. petat. Qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatum non habet; nec enim potest ei suus fundus servire. Der Nießbrauch, der dem Eigenthümer an seiner Sache zusteht, ist ein Recht des Eigenthums, keine Servitut; daher kommt dem Eigenthümer gegen den, welcher ihn in der Ausübung desselben hindert, nicht die confessorische, sondern die negatorische Klage zu. S. WESTPHAL de libert. et servit. praedior. §. 966.

19) Daraus sind 3. B. L. 42. §. 1. D. de usufr. L. 10. D. de usu et usufr. leg. zu erklären. S. WESTPHAL §. 533.

20) L. 10. D. usufruct. quemadm. caveat. wo es heißt: Si servi, qui nobis communis erat, usufructum tibi legavero: necessaria erit haec cautio (usufructuaria) heredi meo. Quamvis enim de proprietate possit communi dividendo experiri: tamen causa usufructus, qui tuus proprius est, ad officium communi dividendo iudicis non pertinebit. Daß hier von dem usufructu formali die Rede sey, beweist die hier anerkannte Nothwendigkeit der Caution. Es läßt sich also nicht schlechthin mit THIBAUT im Syst. des P. R. 2. B. §. 604. behaupten, daß man auf eine gemeinschaftliche Sache keine Servitut erwerben könne, man sehe vielmehr WESTPHAL §. 536.

eigenen dienßbar seyn²¹⁾. Keinesweges aber können die aus der Communion herfließenden Rechte in dem Verhältniß als Servituten zu einander betrachtet werden, so daß deshalb unter den Miteigenthümern die confessorische Klage Statt hätte; sondern hier muß ein Socius gegen den andern mit der *actio communi dividundo* seine Rechte verfolgen, wenn der Beklagte gegen den Willen des Klägers auf der gemeinschaftlichen Sache ein nachtheiliges Werk unternimmt²²⁾. Auf eine Servitut hin-
gegen

21) *L. 27. pr. D. de Serv. praed. urb.* Sed si inter me et te communes sunt Titianae aedes: ex his aliquid non iure in alias aedes meas proprias immisum sit: nempe tecum mihi agere licet, aut rem perdere. Idem fiet, si ex tuis propriis aedibus in communes meas et tuas aedes quid similiter esset proiectum: mihi enim soli tecum est actio. Hier ist nicht, wie FABER in Rational. ad h. L. irrig meint, von der *actio communi dividundo*, sondern von der *negatoria* die Rede, und daß rem perdere heißt nicht libertatem praedii amittere, sondern opus factum destruere, welches zur Vertheidigung des Besizes erlaubt ist. C. WESTPHAL §. 536. Not. 483. pag. 331. sq.

22) *L. 26. D. de servit. praed. urb.* In re communi nemo dominorum iure servitutis neque facere quidquam invito altero potest, neque prohibere, quominus alter faciat: *nulli enim res sua servit.* Itaque propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit, sed per *communi dividundo actionem* consequitur socius, quominus opus fiat: aut ut id opus, quod fecit, tollat, si modo toti societati prodest, opus tolli. Daß diese Stelle von der *actio confessoria* rede, welche unter Miteigenthümern nicht Statt findet, bemerkt auch WESTPHAL c. I. Not. 481. pag. 331. Daß hingegen die *actio communi dividundo* die hier passende Klage sey, erhellet aus *L. 28. D. commun. divid.*

gegen kann keine neue Dienstbarkeit, sondern nur allenfalls ein persönliches Recht auf Lebenszeit erworben werden ²³⁾).

4) Das Recht, welches uns vermöge der Servitut auf einer fremden Sache zusteht, kann nur entweder darin bestehen, daß der Eigenthümer derselben etwas leide, oder daß er etwas unterlasse. Denn da das Eigenthum nur a) freies Selbsthandeln des Eigenthümers im Betreff seiner Sache, und b) Ausschließung eines jeden Dritten von aller Rechtsausübung im Betreff derselben enthält; so kann nothwendig die Beschränkung desselben, und Entäußerung der Eigenthumstheile, welche die Dienstbarkeit enthält, auch nur darin bestehen, daß der Eigenthümer entweder a) einer ihm sonst zuständigen Disposition über seine Sache sich enthalte, ohne positive Uebertragung derselben auf einen Dritten, z. B. sein Haus nicht höher baue; oder daß er b) leidet, daß ein Dritter dieselbe ausübe, ohne denselben ausschließen zu dürfen, z. B. die Früchte der Sache sich zueigne, über des andern Grundstück gehe oder fahre. In jenem Falle wird die Servitut eine negative, in diesem aber eine affirmative genannt. Hieraus erklärt sich nun auch ganz natürlich, warum

23) *L. 1. D. de usu et usufr. legat.* Nec usus nec usufructus itineris, actus, viae, aquae ductus legari potest, quia servitus servitutis esse non potest. Nec erit utile ex Senatusconsulto, quo cavetur, ut omnium, quae in bonis sint, usufructus legari possit, quia id neque ex bonis, neque extra bona sit. Sed incerti actio erit cum herede, ut legatario, quamdiu vixerit, eundi, agendi, ducendi facultatem praestet. Die actio incerti ist die actio personalis ex testamento. C. WESTPHAL §. 538. pag. 333.

um auch der successor singularis das Recht der Dienstbarkeit anerkennen muß. Denn jeder ist befugt, von seinem Eigenthum so viel wegzugeben, als ihm beliebt. Hat sich nun der Eigenthümer eines oder mehrerer Theile seines Eigenthums vertragsmäßig begeben, es sey nun, daß er solche entweder bloß von dem Eigenthum abgerissen, oder daß er die Ausübung der losgerissenen Theile auf einen Andern oder desselben Sache übertragen habe, so ist dadurch das Eigenthum beschränkt, und ein fortdauerndes Verhältniß des Nichtmehrvorhandenseyns ehemals dagewesener Eigenthumstheile, und zwar zu Gunsten einer Person oder Sache, eingeführt. Wie nun der künftige Erwerber der dienenden Sache das Eigenthum derselben mehr oder weniger beschränkt findet, so, und nicht anders, steht es ihm zu²⁴⁾. Noch ist jedoch zu bemerken, daß das Recht des Servitut zuweilen auch eine Disposition über die Substanz der Sache enthalten kann, sofern es die Art der eingeräumten Benutzung mit sich bringt²⁵⁾. So z. B. darf der Nugnießer eines Landguts die auf demselben befindlichen Weinberge und Baumgärten allenfalls eingehen lassen, und an deren Stelle Metallgruben und dergleichen anlegen, wenn etwa letztere größern Gewinn gemähren, als die Weinberge und Baumgärten, und sonst in Beziehung auf die ganze Bewirthschaftung des Guts für den Proprietär kein Nachtheil aus dieser Veränderung entsteht. Denn durch eine solche Umschaffung von Anlagen

24) Man vergleiche Schömanns Handbuch des Civilrechts. 1. Band. Nr. VII. S. 381. f. und Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 1. Th. 2. Abh. S. 33. f.

25) S. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 603.

gen auf einem Gute, die schon einmal zur Gewinnung von Einkünften bestimmt sind, in andere, wodurch die Einkünfte in der That vermehrt werden, hört das Grundstück nicht auf ein Landgut zu seyn, vielmehr ist eine solche Veränderung meistens für jeden Besitzer des Guts zuträglich. Hierher gehört die neuerlich in Streit gezogene Stelle *Ulpiana* ²⁶⁾, in welcher es heißt: *Inde est quaesitum, an lapidicinas vel cretifodinas ipse usufructuarius instituire possit? Et ego puto, etiam ipsum instituire posse, si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est. Proinde venas quoque lapidicinarum et huiusmodi*

- 26) *L. 13. §. 5. D. de usufr.* Hr. Hofr. Feuerbach in den civilist. Versuchen 1. Th. Nr. IV. S. 135. glaubt, diese Stelle stehe mit andern Stellen *Ulpiana*s im Widerspruch, in welchen dieser Jurist die Befugniß des Nugnießers in Ansehung vorzunehmender Veränderungen dergestalt beschränkt, daß obiger Ausspruch damit überall nicht zu vereinbaren sey. Man vergleiche z. B. *L. 7. §. 3. L. 8. D. de usufr. L. 44. L. 61. D. eodem.* Er schlägt daher eine Veränderung in der Interpunction, so wie in der Abtheilung der Worte dieses Fragments vor, wodurch aller Widerspruch gehoben werden könne. Allein wie wenig in den angeführten Fragmenten ein wahrer Widerspruch vorhanden sey, wenn man mit *Ulpian* zwischen Landgütern und Gebäuden unterscheidet, bey welchen letztern sich der Nugnießer freylich bloß auf das Erhalten des vorhandenen (*tueri, quod accepit*) einzuschränken hat, und wie wenig daher eine Veränderung in der gewöhnlichen Interpunction und Abtheilung der Worte der angef. *L. 13. §. 5.* nöthig sey, hat Herr Dr. Rath Hagemeyer in einer lehrwürdigen Abhandlung über *Fr. 13. §. 5. D. de usufr.* und dessen neueste Emendation bey Hugo im civilist. Magazin 3. B. 3. Heft. Nr. XIII. S. 257. ff. aus ganz einleuchtenden Gründen gezeigt.

modi metallorum inquirere poterit. Ergo et auri et argenti, et sulphuris, et aeris et ferri, et caeterorum fodinas, vel quas paterfamilias instituit, exercere poterit, vel ipse instituere, *si nihil agriculturae nocebit. Et si forte in hoc, quod instituit, plus redditus sit, quam in vineis, vel arbusis, vel olivetis, quae fuerunt, forsitan etiam haec deicere poterit; siquidem ei permittitur, meliorare proprietatem.*

5) Jede Servitut, wenn sie als solche gelten soll, muß immer einem bestimmten Subject zum Nutzen gereichen. Es kann daher keine Dienstbarkeit gültig constituit werden, woben nicht der Erwerbende irgend ein, auf Gewinn oder Annehmlichkeit berechnetes Interesse hat. Es lehrt dies nicht nur schon die Natur der Sache selbst, weil ein Recht überhaupt (materialiter) ein Mittel zu einem gewissen Zwecke ist; sondern die Gesetze erfordern auch dieses zur Gültigkeit einer Servitut ausdrücklich. *Quoties nec hominum nec praediorum servitutes sunt, sagt Pomponius ²⁷⁾, quia nihil vicinorum interest, non valet: veluti, ne per fundum tuum eas, aut ibi consistas. Et ideo, si mihi concedas, ius tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur: aliter atque si concedas mihi, ius tibi non esse in fundo tuo aquam quaerere, minuendae aquae meae gratia. Zwar scheint dagegen aus einer andern Stelle ein nicht unerheblicher Einwurf gemacht werden zu können. Denn so sagt Labeo ²⁸⁾: Ei fundo, quem quis vendat, servitutem imponi, est non utilis sit, posse existimo; veluti si aquam alicui ducere non*
expe-

27) L. 15. pr. D. de Servitut.

28) L. 19. D. eodem.

expediret, nihilominus constitui ea servitus possit. Quaedam enim *debere* ²⁹⁾ *habere possumus*, quamvis ea nobis utilia non sunt. Allein bey einer nähern Betrachtung dieser Stelle ergiebt sich daraus nur soviel, daß eine Servitut schon dann constituirte werden könne, wenn nur überhaupt das Grundstück, insofern nämlich ein solches das Subject des Rechts ist, dadurch gewinnt, daß es aber gleichgültig sey, ob gerade dieser Besitzer einen Nutzen daraus ziehe ³⁰⁾. Sie bestätigt also vielmehr den Grundsatz, daß das Recht, welches ein Grundstück durch eine Servitut erwirbt, jederzeit ein diesem Grundstücke, also nicht blos diesem oder jenem Besitzer desselben, nützlichtes Recht seyn müsse, das heißt, daß es sich als ein Mittel zu den durch die Natur des Grundstücks bestimmten Zwecken desselben verhalten müsse. Es folgt hieraus weiter, daß eine Servitut, die einen blos zufälligen und willkürlichen Genuß dieses oder jenes Eigenthümers zum Zweck hat, nicht constituirte werden könne. Paulus ³¹⁾ sagt: *Ut pomum de-*
cer-

29) Das *debere habere* erklärt IENSIUS in *Strictur. ad Rom. iuris* - Pand. pag. 74. durch *habere ius faciendi quid in alieno, percipiendive ex alieno*; oder *habere aliquem obstrictum ad nobis, ubi velimus, praestandum quid permittendumve*.

30) S. *Barthia* wissenschaftl. Entwicklung §. 5. bey Hugö im civilist. Magazin 2. Band S. 334.

31) *L. 8. pr. D. de Servitut.* Man stelle sich hier den Fall vor: A. hat ein Landgut, worauf, wie immer, Platz genug zum spaziren gehen, speisen, und Obst zum Abpflücken in Menge ist. Er weiß nicht, was er vor lieber langer Weile thun soll, und hat, wie es oft bey den reichen Landedelleuten der Fall ist, thörigte

corpere liceat, et ut spatium, et ut coenare in alieno possimus, servitus imponi non potest. Ganz recht; denn hier wäre ja die Servitus kein Mittel, wodurch die Zwecke des Eigenthümers, als Eigenthümers, erreicht würden³²⁾. Keinesweges aber läßt sich hieraus folgern, daß eine Servitus nicht der bloßen Annehmlichkeit wegen errichtet werden könne. Nicht nur Pomponius³³⁾ sagt das Gegentheil ausdrücklich: Hoc iure utimur, sind seine Worte, ut etiam non ad irrigandum, sed pecoris causa, vel amoenitatis aqua duci possit; sondern es läßt sich dieser Satz auch schon darum mit Grund nicht bezweifeln, weil bekanntlich die römischen Juristen über die Rechtmäßigkeit der Servitus prospectus et ne prospectui officiatum vollkommen einverstanden waren³⁴⁾. Es ist auch ganz unerweislich, wenn Voordt³⁵⁾ behaupten will, daß nach

thörigte Gelüste. Er läßt sich also von seinem Nachbar die genannte Servitus einräumen. Mit Recht, sagt Paulus, könne eine solche Servitus nicht als ein dem Landgut erworbenes Recht bestehen, weil dabey das Grundstück nichts gewinnt, und nicht vorausgesetzt ist, daß jeder nachfolgende Besitzer eben so kindisch seyn werde, wie es sein Vorgänger war.

32) C. Zacharia §. 6. bey Hugo C. 335. Man vergleiche auch Lud. VITALIS Lection. variar. Lib. II. cap. 2. nr. 14. (in Ev. OTTONIS Thes. iur. Rom. Tom. II. pag. 662.) und WESTPHAL de libert. et servitut. praedior. §. 589.

33) L. 3. pr. D. de aqua quotidiana.

34) L. 3. L. 15. et 16. D. de servitut. praed. urb.

35) Probabil. Lib. I. cap. 2. et 3. Gleichwohl hat diese Hypothese bey vielen neuern Rechtsgelehrten Eingang gefunden. Man s. Höpfners Commentar über die Institut. §. 347.

nach der Strenge des ältern Rechts eine *servitus amoenitatis causa constituta* unzulässig gewesen, und solche erst nach dem neuern, auf prätorischer Billigkeit beruhenden, Gerichtsgebrauche durch Interdicte geschützt worden seyn, welche Meinung von Thibaut³⁶⁾ gründlich widerlegt worden ist.

6) Das Subject, welchem das Recht der Dienstbarkeit zusteht, kann entweder eine Person, oder eine Sache seyn. Daher sind die Servituten theils persönliche, theils dingliche, von welcher Einteilung unser Verf. im folgenden §. handelt.

§. 621.

Persönliche und dingliche Servituten. Was sind *servitutes irregulares seu extraordinariae*?

Steht eine Servitut bloß dem Berechtigten für seine Person zu, so lange er lebt, so wird sie eine persönliche, *servitus personalis*, genannt. Steht hingegen die Dienstbarkeit einem Grundstücke auf einem andern Grundstück dergestalt zu, daß sie im Ganzen jedem Besitzer vom Werth, nützlich oder angenehm, ist, und daher von jedem Besitzer ausgeübt werden kann, so heißt sie eine dingliche, *servitus realis*³⁷⁾. Persönliche Dienstbarkeiten wer-

den

36) Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts 1. Band 1. Abhandl.

37) L. 6. L. 36. D. de Serv. praed. rusticor. L. 12. D. Commun. praed. S. Zacharia wissenschaftliche Entwicklung §. 1. bey Hugo im civ. Mag. II. 329. WESTPHAL §. 522.

den in den Gesetzen *servitutes personarum*³⁸⁾, auch *servitutes hominum*³⁹⁾ genannt; dingliche Dienstbarkeiten hingegen heißen *servitutes rerum*⁴⁰⁾, auch *servitutes praediorum*⁴¹⁾, ja sie werden vorzugsweise durch den Namen *SERVITUTES* schlechtthin bezeichnet⁴²⁾. Wir bemerken von den letztern Folgendes.

1) Keine Realservitut kann an irgend einer beweglichen Sache zustehen.

2) Zum Wesen derselben wird schlechterdings erfordert, daß sie für jeden Besitzer ein Interesse haben müsse. Hat sich der jetzige Eigenthümer blos zu seinem Vergnügen oder zum Behuf seines Gewerbes eine Servitut auf dem Grundstück seines Nachbarn einräumen lassen; so kann eine solche Servitut nicht als Realdienstbarkeit bestehen, weil sie nicht für jeden Besitzer der Sache

38) *L. 1. D. de Servitut.* *Servitutes aut personarum sunt, ut usus et ususfructus; aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum.*

39) *L. 15. D. de Servitut.*

40) *L. 1. cit. eod.*

41) *§. 3. I. de Servitut.* *Ideo autem haec servitutes praediorum appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt. Nemo enim potest servitutem acquirere urbani vel rustici praedii, nisi qui habet praedium. L. 1. §. 1. D. Commun. praedior.*

42) *Z. B. in der Rubrik des Titels der Pandecten de servitutibus. Ferner de servitute legata. Aus dieser Bemerkung erhalten manche Stellen der Pandecten ihr Licht. Z. B. L. 44. D. Locati. L. 8. D. de Servitut. C. Abr. WIELING Lection. iur. civ. Lib. I. cap. 17. pag. 58. und HOFACKER T. II. §. 1082. not. b.*

ke ein Interesse hat. Sie giebt also blos dem Erwerber ein persönliches Recht ⁴³⁾, oder die Servitut wird als eine bloße Personalservitut angesehen ⁴⁴⁾.

3) Bei einer jeden Realservitut kommen zwei Grundstücke vor, die sich zu einander als Subject und Object des Rechts verhalten,

a) das berechtigte oder herrschende Grundstück (*praedium dominans*), dem das Recht der Dienstbarkeit zusteht; und

b) das verpflichtete, oder dienstbare Gut, (*praedium serviens*) worauf die Last der Servitut haftet, und dessen Besitzer die Servitut leiden müssen. Dieses ist also das Object des Rechts, jenes das Subject des Rechts. Beide Grundstücke müssen nun aber auch schon ihrer natürlichen Lage nach dazu geeigenschaftet seyn, daß eins dem andern dienen kann. Daher die Regel: *praedia debent esse vicina* ⁴⁵⁾. Jedoch wird dazu nicht immer

43) L. 8. pr. D. de Servitut. S. Iac. Cujacii Observat. Lib. XXIV. cap. 22. Lad. Vitalis Lektion. var. iuris civ. Lib. II. cap. 2. nr. 14. bey Ev. Otto in Thes. iur. Rom. T. II. p. 662. und Westphal de lib. et servit. praedior. §. 589. not. 323. pag. 376.

44) L. 6. D. de Servitut. praedior. rust. S. Thibaut Versuche 1. Band S. 9. u. 22.

45) L. 38. D. de servit. praed. urb. sagt Paulus: Si aedes meae a tuis aedibus tantum distent, ut prospici non possint, aut medius mons earum conspectum auferat: servitus imponi non potest. Nemo enim, heißt es weiter L. 39. sq., propriis aedificiis servitutem imponere potest, nisi et is, qui cedit, et is,

Glücks Erläut. d. Pand. 9. Th.

B

cui

immer gerade Angränzung erfordert, sondern es muß nur das dienende Gut in paßlicher Nähe bey dem herrschenden liegen, so daß letzteres den bestimmten Nutzen aus dem erstern ziehen kann ⁴⁶⁾. Auch darf eine Reasservitut nicht über die Bedürfnisse des berechtigten Guts ausgedehnt, und überhaupt nie weiter eingeräumt werden, als so weit sie mittelst des berechtigten Grundstücks Nutzen bringt ⁴⁷⁾.

4) Zu

cui ceditur, in conspectu habeant ea aedificia, ita ut officere alterum alteri possit. Und *L. 7. §. 1. D. de Servit. praed. rust.* sagt eben dieser röm. Jurist: In rusticis autem praediis impedit servitatem medium praedium, quod non servit. Es ist nämlich daselbst die Rede von der servitute itineris, actus, et viae.

46) *L. 5. §. 1. D. de servit. praed. rustic.* sagt Neratius: Nec haustum pecoris nec appulsum, nec cretae eximendae, calcisque coquendae ius posse in alieno esse, nisi fundum vicinum habeat. Hier kann doch gewiß von keiner Angränzung die Rede seyn; sondern der Satz, von welchem Neratius bey seiner Behauptung ausging, war ganz allein der, daß dem rechtlichen Verhältniß beyder Grundstücke, auch schon ihre natürliche Lage angemessen seyn müsse. Noch deutlicher erheller dies aus *L. 6. pr. und L. 7. §. 1. D. Communia praedior.* S. NOODT Comm. ad Pand. Lib. VIII. Tit. 4. Zacharia wissensch. Entwicklung §. 12. und Heint. Georg Wittich System des heutigen Civilrechts. 2. Band §. 199. §. 47. ff.

47) *L. 5. §. 1. D. de servit. praed. rustic.* sagt: Ut maxime calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit, non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit. Und *L. 24. D. eod.* heißt es: Ex meo aquae ductu, Labeo scribit, cuilibet posse me vicino commodare. Proculus contra, ut ne in meam partem fundi aliam, quam ad quam servitus acquisita sit, uti ea possit. Proculi sententia verior est. NOODT Probabil.

Lib.

4) Zuweilen kann eine Servitut, die sonst gewöhnlich eine dingliche ist, demjenigen bloß als eine persönliche ertheilt werden, der kein benachbartes Grundstück besitzt. Solche Servituten nennt man dann *irregulares, extraordinarias, oder anomalas* ⁴⁸⁾, und sind insofern wahre Dienstbarkeiten, daß sie ein dingliches Recht auf der damit beschwerten fremden Sache geben, welches auch durch die confessorische Klage geltend gemacht werden kann, nur daß es mit der Person des Berechtigten erlöscht. So z. B. sind die *servitutes pecoris pascendi, et ad aquam appellendi*, ferner *aquae haustus*, gewöhnlich Prädialdienstbarkeiten ⁴⁹⁾. Allein sie können auch eben so gut, als bloß persönliche ertheilt werden. Zwar scheint Ulpian ⁵⁰⁾ das Gegentheil zu lehren, wenn er sagt: *Nam et haustus aquae, ut pecoris ad aquam appulsus, est servitus personae; tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur.* Allein, wenn gleich viele ⁵¹⁾ diese

B 2

Stelle

Lib. I. cap. 2. et 3. meint zwar, der billige Gerichtsgebrauch sey in der Folge von diesem Rechtsfaß abgewichen, allein ohne Grund. C. Thibaut Versuche 1. B. 1. Abh. S. 8. ff. und Wittich System des heutigen Civilrechts. 2. Band. S. 199. S. 49. Not. ^{**})

48) C. BROEII Exposit. in Iustin. Institut. ad §. 2. I. de Servitut. tit. 19. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 5. und Io. Phil. BLEVOGT Diss. de Servitutibus anomalis. Ienae 1700.

49) L. 4. L. 5. pr. L. 20. §. 3. D. de servitut. praedior. rustic.

50) L. 14. §. fin. D. de aliment. vel cibarij. legat.

51) 3. B. Marc. LYCKEAMA & NIEHOLT Membranar. Lib. VI. Ecclog. II. Io. D'AVEZAN Servitutum libro P. III. cap. 14. Jan. & COSTA in Commentar. ad Institut. Lib. II. cap. 3. §. 3. et in

Stelle ohne alle Emendation zu erklären gesucht haben, so lehrt doch theils der ganze Zusammenhang, theils die Verbindung dieser Stelle mit andern, daß sowohl die Interpunction, als die Leseart selbst offenbar unrichtig sey ⁵²⁾. Man lese also vielmehr so: *Nam et haustus aquae, ut pecoris ad aquam appulsus, est servitus; personae tamen eius, qui vicinus non est, non inutiliter relinquitur* ⁵³⁾. Es erhellet hieraus zugleich, daß diejenigen irren, welche das der Person ertheilte Recht für gar keine Servitut, sondern für ein bloßes ius obligationis, d. i. für ein persönliches Recht, halten wollen ⁵⁴⁾.

5) Ei

in Praelect. ad illustrior. quosd. Tit. locaque select. iur. civ. pag. 24. *Abr. WIELING* Lection. iuris civ. Lib. I. cap. 17. *Sam. de COCCERJ* iur. civ. contr. h. t. Qu. I. und *Westphal* in dem System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten §. 63. S. 39. f.

52) Man sehe vorzüglich *Arn. VINNII* Commentar. ad Institut. §. 2. de Servitut. nr. 1. *Pet. DUISSEMA* Conjectural. iuris civ. (Groeningae 1714. 12.) Lib. I. cap. 5. *B. VOORDA* ad *Ian. a COSTA* Praelect. cit. not. h. pag. 24. *Car. Frid. WALCH* Diss. de aquae hauriendae servitute. (Ienae 1754.) §. 3. (Opusculor. Tom. I. Sect. I. nr. 5.) und *EMMINGHAUS* ad *Coccejum* c. I. Tom. II. not. b. pag. I. sq.

53) Eben diese Leseart billigte auch *WESTPHAL* in seinem klassischen Werke de lib. et servit. praedior. §. 523. b. Not. 474. pag. 322. wenn er gleich in der oben Not. 51. angeführten neuern Schrift anderer Meinung ist. Die verbesserte Leseart nimmt auch *THIBAUT* im System des P. R. 2. B. §. 606. not. m. an.

54) Diese Meinung suchen besonders *POTHIER* in Pandect. Iustinian. Tom. II. Lib. XXXIV. Tit. I. nr. III. not. h. pag. 412. und *de COCCERJ* c. I. zu vertheidigen. Man sehe aber dagegen

VIN-

5) Einige Dienstbarkeiten sind jedoch von der Art, daß sie nach Vorschrift der römischen Gesetze nie anders, als persönliche, erteilt werden können. Dahin gehören usufructus, usus, und habitatio. Diese werden daher *regulares* oder *ordinariae* genannt⁵⁵⁾.

§. 622.

Eintheilung der Realservituten. *Praedium urbanum*. *Praedium rusticum*. Erläuterung der bestrittenen L. 2. D. de servit. praed. rustic.

Die dinglichen Servituten sind wieder zweifach, entweder *urbanae* oder *rusticae*. Ob bey dieser Eintheilung auf das *praedium dominans* oder *serviens* zu sehen sey, ist zweifelhaft. Gewöhnlich nimmt man auf das erstere Rücksicht. Steht nämlich die Servitut einem *praedio urbano* zu, so nennt man sie *urbana*; steht sie hingegen einem *praedio rustico* zu, so wird sie *rustica* genannt. Dies ist die gemeine Erklärung, welche von den meisten angenommen wird⁵⁶⁾. Für diese Erklärung spricht, daß die Realservituten *iura praediorum* genannt

§ 3

wer,

VINNIUS in Comm. ad rubr. Tit. Instit. de usufructu, und Höpfner's Commentar §. 348.

55) G. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 5.

56) VOET Comm. ad Pand. Lib. VIII. Tit. 1. §. 4. Io. D'AVENZAN. Servitutum libro P. III. cap. 15. bey MEERMAN T. IV. pag. 157. Jan. a COSTA ad L. 3. D. de Servitut. in Praelect. cit. pag. 29. sq. Em. MERILLIUS in Observat. Lib. I. cap. 32. und Variant. ex Cujacio Lib. I. cap. 12. WESTPHAL de lib. et servit. praedior. §. 528. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1084. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 605. u. a. m.

werden, wie Justinian ⁵⁷⁾ bemerkt; und wenn Ulpian ⁵⁸⁾ sagt: *Ideo hae servitutes praediorum appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt. Nemo enim potest servitutem adquirere, vel urbani vel rustici praedii, nisi qui habet praedium*; so bezieht sich dies offenbar auf das praedium dominans. Gleichwohl behaupten viele Rechtsgelehrten ⁵⁹⁾, daß die Realservituten nach dem Object, d. i. in Rücksicht des dienenden Guts, in urbanas und rusticas einzutheilen wären. Diese berufen sich auf Ulpian ⁶⁰⁾, welcher es für eine servitus urbana hält, *si per domum quis suam passus est aquae ductum transduci* ⁶¹⁾. Das Haus, von welchem hier Ulpian redet, sey doch unstreitig das praedium serviens, und von diesem habe Ulpian die Servitut benennt. Ein gleiches Beispiel von einer servitus, die sonst gewöhnlich rustica ist, gäben Paulus ⁶²⁾ und Julian ⁶³⁾ vom iter, diese Servitut sey urbana, wenn sie durch ein Haus eingeräumt werde, nur müsse

57) §. 3. I. de reb. corp. et incorpor.

58) L. 1. §. 1. D. Commun. praedior.

59) Abr. WIELING *Lectio. iuris civ. Lib. II. cap. I. de coccej* *iur. civ. contro. Lib. VIII. Tit. I. Qu. I. EMMINGHAUS ad Eundem c. l. not. d. Chr. Lud. CRELL* *Diff. servitutem altius tollendi in usucapione libertatis consistere §. I. und besonders Nicol. PRAGEMANN* *Commentat. de genuina notione servitutis praediorum urbanorum. Ienae 1717. et recus. 1759. Cap. IV.*

60) L. 11. §. 1. D. de public. in rem act.

61) Man sehe, was von dieser Stelle an einem andern Orte (8. Th. S. 319. Not. 35.) vorgekommen ist.

62) L. 7. D. Commun. praedior.

63) L. 14. D. eodem.

müsse der Berechtigte sich derselben bey Tage bedienen, damit nicht der Eigenthümer des dienenden Hauses zur Nachtzeit aufstehen, und dem Berechtigten das Haus öffnen dürfe ⁶⁴⁾. Auch könne die Behauptung, welche Paulus ⁶⁵⁾ aufstellt, wenn er sagt: *Servitutes praediorum aliae in solo, aliae in superficie consistunt*, nicht wohl anders, als in Beziehung auf das dienstbare Grundstück, verstanden werden.

Meines Erachtens lassen sich beyde Parthenen gar wohl vereinigen. Nimmt man nämlich das Wort *Servitut* in seiner eigentlichen Bedeutung, das ist, in dem oben (S. 3.) angegebenen passiven Sinn, für die einer Sache anlebende Eigenschaft, vermöge welcher der Eigenthümer derselben, zum Vortheil eines Andern, etwas leiden oder unterlassen muß; so kann natürlich bey der Bestimmung, welche *Servitut* eine *urbana* und welche eine *rustica* sey, nur auf das damit belastete Grundstück gesehen werden. Allein die römischen Rechtsgelehrten dachten sich unter einer *Servitut* im gewöhnlichern, obgleich uneigentlichen Sinn, vielmehr ein Recht auf einer fremden Sache; und in dieser Beziehung sahen sie denn auch natürlich blos auf das berechnigte Grundstück, wenn sie die *Servituten*, als *iura praediorum*, in *servitutes urbanas*, d. i. *praediorum urbanorum*, und *rusticas*, oder *praediorum rusticorum* eintheilten ⁶⁶⁾. Es kommt also nur

B 4

noch

64) *Christph. Lud. CRELL* *Observationes de usu nocturno servitutum in praediis urbanis. Vitemb. 1756.*

65) *L. 3. D. de Servitutib.*

66) *L. 1. L. 14. D. de Servitut. L. 2. D. de servitut. praed. urbanor. L. 6. D. eodem. L. 1. et 2. D. de servitut. praed. rusticor. Princ. I. eod.*

noch darauf an, was man unter einem *praedio urbano* und *rustico* versteht? Die Gesetze verbinden mit diesen Benennungen verschiedene Begriffe, nach dem Unterschiede der Materien, in welchen davon die Rede ist. Andere in der Lehre von Servituten, andere in der Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte, und wieder andere bey der Veräußerung der Güter eines Minderjährigen nach dem ältern römischen Rechte, wie Arnold Vinnius ⁶⁷⁾ sehr gründlich ausgeführt hat. Uns interessirt es vor jetzt bloß zu wissen, welche praedia in Ansehung der Servituten urbana, und welche rustica sind? Hier ist nun so viel ausgemacht, daß die sonst gewöhnliche Erklärung ⁶⁸⁾, hergenommen aus dem Endzweck und Gebrauch, wozu die Grundstücke bestimmt sind, durchgängig falsch sey. Schon längst haben unsere besten Civilisten ⁶⁹⁾ angemerkt, daß es mit den Begriffen der Gesetze schlechterdings nicht übereinstimme, wenn man zu den praediis urbanis diejenigen rechnet, welche zur Wohnung und zum Vergnügen, zu den rusticis hingegen diejenigen, welche zum Feldbau und dem

67) Select. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 30.

68) Man vergleiche Io. D'AVEZAN Servitut. libr. P. III. cap. 16. (bey MEERMANN T. IV. pag. 157. sq.) VOET Comm. ad Pand. Lib. VIII. Tit. 1. §. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. eod. Libr. et Tit. §. 3. BRÖEUS in Exposition. ad Imp. Iustin. Institut. Lib. II. Tit. 3. §. II. u. a. m.

69) S. Hug. DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XI. cap. 4. Em. MERILLIUS in Commentar. ad §. I. I. de servit. Arn. VINNIUS Comm. ad §. eund. Institut. nr. 2. Io. ORTM. WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Institut. Lib. II. Tit. 3. §. 6. und Guil. SCHMUEK ad Labitti Usus indicis Pandectar. Cap. IV. §. 7. not. d. in Abr. WIELING Iurispr. restituta. P. II. p. 76.

dem damit verknüpften ökonomischen Nutzen gehören. Denn auf solche Art würden auch Scheuren, Viehställe und andere zur Landwirtschaft bestimmte Gebäude als *praedia rustica* anzusehen seyn, da doch die Gesetze ein ganz anders lehren. Man höre nur hierüber den Ulpian⁷⁰⁾, wenn er sagt: *Urbana praedia omnia aedificia accipimus, non solum ea, quae sunt in oppidis, sed et si forte stabulo sunt, vel alia meritoria in villis et in vicis. Praedium urbanum* heißt also vielmehr in der Lehre von Servituten ein Gebäude, ohne Unterschied seiner Lage und Bestimmung, es mag in der Stadt, oder auf dem Lande liegen, es mag zur Wohnung, zum Vergnügen, oder zum Gebrauch der Landwirtschaft bestimmt seyn⁷¹⁾. *Praedium rusticum* hingegen heißt hier ein leerer Platz, z. B. ein Acker, eine Wiese, ein Garten, eine *area*, d. i. ein solcher leerer Platz, wo keine Früchte gebauet werden, dergleichen man zum Dreschen, Trocknen, Bleichen u. dgl. gebraucht⁷²⁾. Die Richtigkeit dieser Begriffe ergibt sich aus folgenden Stellen.

Justiz

70) L. 198. D. de Verbor. Signific.

71) Die *aedificia* wurden nach dem Gebrauche, wozu sie bestimmt waren, in *urbana* und *rustica* eingetheilt, L. 41. §. 5. D. de legat. I. L. 180. pr. D. de Verbor. Signif. und jene *aedes*, diese aber *villae* genannt: L. 211. D. de V. S.

72) Hr. Kanzler Koch hat in einer eigenen Abhandlung: de praedio urbano et rustico. Ienae 1757. das wahre Verhältniß der Sache aus ächten Quellen gezeigt. Ihm sind auch die neuern fast durchgehends beigetreten. Man s. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1084. Webers Versuche über das Civilrecht S. 83. und TRIBAUT System des P. R. 2. B. §. 605. a. C.

Justinian sagt §. 1. *I. de Servitut. Praediorum urbanorum servitutes sunt hae, quae aedificiis inhaerent, ideo urbanorum praediorum dictae, quoniam AEDIFICIA OMNIA urbana praedia appellamus, etsi in villa aedificata sint.*

Eben so Ulpian *L. I. D. Communia praedior. AEDIFICIA urbana quidem praedia appellamus: caeterum etsi in villa AEDIFICIA sint, aequae servitutes urbanorum praediorum constitui possunt.*

Hierauf bezieht sich auch die Stelle des Paulus, wenn er *L. 3. D. de Servitutibus* sagt: *Servitutes praediorum aliae in solo, aliae in superficie consistunt.* So verschieden auch diese Stelle erklärt wird⁷³⁾, so stimmen doch die meisten Rechtsgelehrten darin überein, daß sich dieselbe auf die Eintheilung der Realdienstbarkeiten in *servitutes urbanas* und *rusticas* beziehe, und so viel heißen solle: daß erstere zu ihrer Existenz ein Gebäude erfordern, dem sie zustehen, und an welchem sie auch ausgeübt werden, letztere aber nicht⁷⁴⁾. Die Richtigkeit dieser Erklärung ergibt sich nicht nur aus einer andern Stelle eben dieses römischen Juristen, welcher *L. 20. pr. D. de Servitut.*

73) C. WESTPHAL *de libert. et servit. praed. §. 530. Not. 478.*

74) Man vergleiche *Ant. FABER Conjectur. iuris civ. Lib. XIX. cap. 13. Or. AURELIUS de variantib. Cujacii interpretat. Disput. XII. (in Ev. OTTONIS Thes. iur. Rom. Tom. III. pag. 723. sqq.) Em. MERILLIUS in Commentar. ad Tit. Dig. de Servitut. ad L. 3. cit. (bey OTTO Tom. cit. pag. 636.) Io. D'AVEZAN Servitut. libro P. III. cap. 15. (bey MEERMAN T. IV. pag. 157.) Ian. a COSTA ad eand. L. 3. in Praelectionib. pag. 29. und WESTPHAL §. 529.*

vitut. sagt: *Servitutes, quae in superficie consistunt, possessione retinentur. Nam si forte ex aedibus meis in aedes tuas tignum immisum habuero, hoc, ut immisum habeam, per causam tigni possideo habendi consuetudinem; sondern sie wird auch noch insonderheit durch die Auctorität des Garmenopulus ⁷⁵⁾ bestärkt, welcher über jene Stelle auf folgende Art commentirt: Quando enim quis viam vel iter vel aquaeductum per alienum agrum habet, SERVITUS haec SOLI dicitur: ubi vero aut tignorum in vicini aedes immittendorum, aut aquae ex tegulis effundendae, id est, stillicidii avertendi, aut oneris imponendi ius habet quisquam, ea SERVITUS est SUPERFICIEL.*

Aus dem allen erhellet nun also so viel, daß *Servitutes urbanae* solche Realdienstbarkeiten genennt werden, welche zum Nutzen eines Gebäudes ertheilt sind, und *rusticae* diejenigen heißen, welche einem andern Grundstück zum Nutzen dienen, das kein Gebäude ist, wenn gleich das Grundstück, auf welchem sie objectiv haften, ein Gebäude ist ⁷⁶⁾. Diesem scheint jedoch zu widerstreiten, wenn *Neratius Priscus* ⁷⁷⁾ sagt: *Rusticorum praediorum servitutes sunt, licere altius tollere, et officere praetorio vicini; vel cloacam habere licere per vicini domum, vel praetorium, vel protectum habere licere.*

75) *Epitome iuris Lib. II. Tit. 4. §. 126.*

76) *3. E.* so kann zum Nutzen eines Bleichplatzes oder Gartens die *servitus altius non tollendi* bestellet werden, um nicht durch Bauen den zur Bleiche und Wachsthum der Früchte nöthigen Sonnenschein abzuhalten. Man sehe auch *L. ult. pr. C. de Servitutib.*

77) *L. 2. D. de Servitut. praed. rusticor.*

licere. Denn alle die hier unter die *servitutes rusticas* gezählten Prädialdienstbarkeiten rechnet Cajus⁷⁸⁾ zu den *urbanis*. Die meisten Ausleger des römischen Rechts⁷⁹⁾ glauben, Neratius sey hier von dem juristischen Sprachgebrauche abgewichen, und habe nach dem gemeinen Sprachgebrauche, nach welchem man Gebäude, die auf dem Lande auſſer der Stadt errichtet waren, *praedia rustica* genannt habe, den Unterschied zwischen *servitutes urbanas* und *rusticas* nach dem Orte beſtimmt, wo die Grundstücke liegen, zu deren Nutzen ſie ertheilet ſind, ob ſie nämlich in der Stadt oder auf dem Lande gelegen ſind. Allein wenn gleich dieſe Meinung der gewaltsamen Crifis derjenigen weit vorgezogen zu werden verdient, welche ſtatt *rusticorum*, *urbanorum praediorum servitutes* leſen wollen⁸⁰⁾; ſo iſt doch auch zu einem ſolchen Diſſenſus noch kein hinlänglicher Grund vorhanden. Denn warum ſollten

78) L. 2. D. de Servitut. praed. urb. §. 1. I. de Servitut. §. 2. I. de actionib.

79) Ant. FABER Conjectur. iur. civ. Lib. XIX. cap. 15. Hug. DONELLUS Comment. iuris civ. Lib. XI. cap. 4. Ian. a COSTA Commentar. ad §. 1. I. de Servitut. pag. 189. Iac. CUJACIUS Comm. ad L. 189. D. de Verb. Signif. Ulr. HUBER Eunom. Rom. ad L. 2. D. cit. pag. 380. Io. D'AVEZAN Servitut. libr. P. III. cap. 16. Iac. LABITTUS Uſu indicis Pandectar. Cap. IV. §. 7. (in Abr. WIELING Iurisprud. reſtit. P. II. pag. 75.) WESTPHAL cit. libr. §. 528. Not. 477. pag. 326. et §. 611. und Chr. Gottl. RICHTER in Exercit. de Neratio Priſco. (Lipsiae 1788.) Cap. IV. pag. 46. ſeqq.

80) Franc. HOTOMANUS in Commentar. ad §. 2. I. de Servitut. und Abr. WIELING in Animadverſ. ad Labitti Ul. Indic. Pandect. P. II. Iurisprud. reſtitut. pag. 75.

ten denn die Servituten, wovon NERATIUS spricht, nicht auch zum Nutzen eines praedii rustici bestellt werden können? Man denke sich doch nur nicht immer ein Gebäude, bey der servitute altius tollendi. Der ehrwürdige Franz CONNANUS⁸¹⁾, dessen grundgelehrten Commentar man hierüber noch gar nicht benutzt hat, giebt uns gewiß die beste Erläuterung. *Servitus altius tollendi aedificium*, sagt dieser große Civilist, *urbana est, quia debetur praedio urbano. At NERATIUS loquitur de ea servitute, qua liceat arbores plantare, aut quid aliud ponere, quod impediatur coeli aspectum; quae si debeatur a praetorio, et aedibus vicini, tamen rustica est, quoniam ruris mei causa imposita est*⁸²⁾. — *Prosequitur NERATIUS aliis exemplis ostendere, servitutis nomen*

81) Commentar. iuris civ. Tom. I. Lib. IV. cap. 10. pag. 268. in fin. et pag. sq. (edit. Paris. 1553. f.)

82) Man stelle sich hier einen solchen Fall vor, wo, ohne Servitut, das Interdictum de arboribus caedendis Statt haben würde. *L. 1. D. de arbor. caed.* Ich muß hier bemerken, daß in einigen Ausgaben der Pandecten statt *officere praetorio vicini* gelesen wird *officere praedio vicini*. So liest z. B. die glossirte Ausgabe des Petri ab AREA BAUDOZA CESTII. Diese Lesart ist der Sache noch angemessener. Denn das praedium vicini könnte nun sowohl urbanum als rusticum seyn. Uebrigens hieß Praetorium, welches nachher in der *L. 2. cit.* nochmals vorkommt, das Wohnhaus der Herrschaft auf dem Landgute. CONNANUS c. l. pag. 267. erklärt den Ausdruck so: *In villis rusticis, in quibus quisque dominium fere tantum habet in suos, quantum Princeps in suos subditos, PRAETORIUM dixerunt, ubi scilicet quasi rex villae et princeps habitaret, certe is, qui toti familiae suae rusticae praesidet. PRAETORIUM igitur hoc urbanum praedium est.* Man sehe auch WESTPHAL de lib. et servit. praedior. §. 611. Not. 336. pag. 390.

nomen imponi ab eo praedio, in cuius utilitatem est: ut, quae genere suo videntur esse urbanae, sint quandoque rusticae: ut licere habere cloacam per vicini domum vel praetorium, qua fundi mei illuvies aquarum, et caetera expurgamenta recipiantur; vel habere protectum in tuas aedes: puta ambulationes, quas circum ambitum hortorum facere solemus, modo lapide et structura, modo pedamentis saliceis, vel iuniperi, pressis, varietque tonsis viridibus inclusas: quas ita habere, ut in aedes vicini inferioris promineant, iure servitutis constitui potest, aut ut earum transversa pedamenta, vel tigna etiam liceat immittere. Nach dieser Ansicht ist daher die Bemerkung des berühmten Gerhard Noodt⁸³⁾ nicht ohne Grund, welcher meint, daß das Wort *etiam* zu suppliren, und also so zu lesen sey: Rusticorum *etiam* praediorum servitutes sunt, i. e. esse possunt. Diese Lesart kann auch, wie Herrmann Noordkerk⁸⁴⁾ gezeigt hat, durch die Auctorität mehrerer schätzbarer Ausgaben der Pandecten, nämlich der des Hugo a Porta vom Jahr 1534, des Claud. Chevallonius v. J. 1548, und des Petrus ab Area Baudoza Cestius v. J. 1593 bestätigt werden.

Uebrigens unterscheiden sich beyde Arten der Prädialservituten darin von einander:

1) daß alle servitutes rusticae affirmative Dienstbarkeiten sind, dahingegen die urbanae auch negative seyn können

83) Commentar. ad Dig. Lib. VIII. Tit. 3. Operum Tom. II. pag. 220.

84) Observation. decas. (Amstelod. 1731. 8.) Cap. I. pag. 12.

können; §. B. *servitus altius non tollendi, servitus ne luminibus aut prospectui officiatur* u. ⁸⁵⁾).

2) *Servitutes rusticae* äußern sich gewöhnlich durch Handlungen, die nur von Zeit zu Zeit unternommen zu werden pflegen. Allein die *servitutes urbanae* haben einen continuirlichen Gebrauch. Bey diesen nimmt man daher einen wahren, bey jenen aber nur einen Quasibesitz an ⁸⁶⁾).

3) Eine *servitus rustica* kann der Schuldner auf seiner Sache seinem Gläubiger als Pfand einräumen, allein keine *servitus urbana* kann Gegenstand des Pfandrechts seyn. Denn nur bey jener findet eine Veräußerung Statt ⁸⁷⁾).

4) *Servitutes rusticae* gehen durch bloßen Nichtgebrauch verlohren, allein die *urbanae* erfordern eine *usucapio libertatis* ⁸⁸⁾). Hiervon zu seiner Zeit ein Mehreres. Vor Justinian war endlich

5) auch

85) *Ant. FABER* Conjectur. iur. civ. Lib. XIX. cap. 15. pag. 740.

Der Satz, den ROßMANN in der Abh. von der Eintheilung der Servituten (*Erlangische Anzeigen* im Jahr 1744. Nr. XXXIV.) §. 12. aufstellt: Alle *servitutes affirmativae* sind *servitutes praedii rustici*, und alle *servitutes negativae* sind *servitutes praedii urbani*, ist also nur zum Theil wahr.

86) *L. 20. pr. D. de servitut. praed. urb. L. 13. D. de usu et usufr. WESTPHAL* cit. libr. §. 591.

87) *L. 11. §. fin. et L. 12. D. de pignor. et hypoth. Em. MERILLIUS* Observation. Lib. VI. cap. 4. *Arn. VINNIUS* Select. iuris Quaest. Lib. I. cap. 32. und *Westphal's* Erläuterung der Röm. Gesetze vom Pfandrechte §. 139.

88) *L. 6. D. de servitut. praedior. urban. L. 6. D. Quemadm. servitut. amitt. L. 4. §. ult. D. de usurpat. C. CRELL* cit.

Diff.

5) auch der Unterschied wichtig, daß *servitutes rusticae* zu den *rebus mancipi* gezählt wurden, die *urbanae* aber nicht⁸⁹⁾; weil jene insgemein von größerem Werth waren, als diese, und eine unmittelbare Beziehung auf den Ackerbau hatten, -welcher die eigentliche Nationalbeschäftigung der alten Römer war⁹⁰⁾. Dieser letzte Unterschied fällt nun zwar jetzt weg, indessen erhellet doch aus allem so viel, daß die Eintheilung der Realdienstbarkeiten keinesweges, wie einige⁹¹⁾ wollen, ganz unnütz sey.

§. 623.

Unterschied zwischen Real- und persönlichen Dienstbarkeiten.

Es verdient jedoch auch der Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Dienstbarkeiten noch etwas genauer erörtert zu werden, dessen practisches Interesse unbestritten ist. Aus den Begriffen, welche oben (§. 621.) davon

Diff. *servitutum altius tollendi in usucap. libertatis consistere.*
§. 3—5. Thibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 57. und §. 58.

89) *ULPIANUS Fragm. Tit. 19. §. 1.*

90) Man sehe den 8. Th. dieses Commentars §. 577. Not. 50. §. 56. Es ist also nicht nöthig, hier mit *D'AVEZAN* *Servitut. libr. P. VI. cap. 2.* bey *MEERMAN T. IV. pag. 195.* zu dem Ufhl der Regel: *Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest*, seine Zuflucht zu nehmen. Man sehe vielmehr de *SELCHOW* Diff. de *servitute altius tollendi rom.* Goett. 1755. Cap. II. §. 37.

91) *G. I. S. BECKENSTEIN* Diff. de *inutilitate distinctionis inter servitut. urb. et rusticas. Regiom. 1725.* und *SELCHOW* cit. Diff. §. 37. sqq.

davon gegeben worden sind, lassen sich folgende Differenzen ableiten.

1) Bey den persönlichen Servituten ist blos das Object, auf welchem die Dienstbarkeit haftet, eine Sache, das Subject hingegen, dem sie zusteht, eine Person. Allein bey den Realservituten sind Object und Subject Sachen verschiedener Eigenthümer.

2) Bey persönlichen Dienstbarkeiten kann das Object sowohl eine bewegliche als eine unbewegliche Sache seyn⁹²⁾. Allein Realdienstbarkeiten können nur bey unbeweglichen Sachen Statt haben⁹³⁾; denn es sind *iura et qualitates praediorum*⁹⁴⁾, welche nicht blos auf eine Zeitlang, sondern auf immer constituit werden. Sie erfordern daher zu ihrer Existenz ein Object und Subject, welches seiner Natur nach perpetuirlich ist⁹⁵⁾.

3) Persönliche Servituten können auf eine gewisse Zeit oder unter einer gewissen Bedingung ertheilt werden, und erlöschen, wenn die Zeit verflossen ist, oder die resolutive Bedingung eintreft, *ipso iure*⁹⁶⁾. Bey Realdienstbarkeiten stellten die römischen Juristen den entgegengesetzten

92) §. 2. I. de usufr. L. 3. §. 1. L. 7. pr. L. 12. §. 1. D. eod.

93) L. 1. §. 1. D. Commun. praedior.

94) §. 3. I. de reb. corp. et incorp. L. 86. D. de Verb. signif. L. 12. D. Quemadm. servitut. amitt.

95) C. Franc. Ramos del MANZANO in Comm. ad Tit. Dig. de Servitut. P. I. Cap. 2. §. 13. bey MEERMAN Tom. VII. p. 47.

96) L. 16. §. 2. D. Fam. erisc. L. 30. D. de usu et usufr. leg. L. 5. et 12. C. de usufr.

setzen Grundsatz auf. *Servitutes ipso quidem iure, sicut Papinian⁹⁷⁾, neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem constitui possunt.* Denn eine solche Servitut, welche blos auf eine gewisse Zeit, oder unter einer gewissen Bedingung auf ein Grundstück gelegt wird, würde nicht auf jeden Besitzer übergehen, welches nach dem oben (§. 621.) aufgestellten Begriffe mit der Natur einer Realdienstbarkeit streiten würde. Hat einer, der eine Servitut erwarb, dennoch eine solche Bedingung eingegangen, so wird er nur für seine Person, oder sein Erbe, durch eine Einrede zurückgewiesen werden können. Nicht deswegen, weil die Servitut von einer Bedingung abhängig gemacht werden kann, sondern weil er für seine Person den geschlossenen Vertrag zu halten verbunden ist. Daher fügt Papinian noch hinzu: *Sed tamen, si haec adiiciatur, pacti vel per doli exceptionem occurritur, contra placita servitutum vindicanti.* In wiefern aber der nachfolgende Eigenthümer (der *successor singularis*) nicht verbunden ist, die Handlungen seines Vorgängers anzuerkennen, so wird eine bey der Constitution der Servitut gemachte Bedingung ohne Wirkung seyn⁹⁸⁾.

4) Realservituten können weder theilweise erworben werden, noch theilweise verloren gehen; sie werden vielmehr auch sogar durch einen partiellen Gebrauch in ihrem ganzen Umfang erhalten. Hierher gehören folgende Stellen:

L. II.

97) L. 4. D. de Servitut.

98) S. Zacharia's Lehre des R. R. von dinglichen Servituten §. 17. in Hugo civil. Magazin 2. B. S. 351. f.

L. 11. D. de Servitut. sagt: Pro parte dominii servitutem acquiri non posse, vulgo traditur.

L. 17. D. eod. Viae, itineris, actus, aquaeductus pars in obligationem deduci non potest, quia usus eorum indivisus est; et ideo, si stipulator decesserit, pluribus heredibus relictis, singuli solidam viam petunt: etsi promissor decesserit, pluribus heredibus relictis, a singulis heredibus solida petitio est.

L. 6. §. 1. D. Commun. praedior. Si quis partem aedium tradet, vel partem fundi, non potest servitutem imponere: quia per partes servitus imponi non potest, sed nec acquiri.

L. 3. D. de Servit. legata. Si fundum Maevio, et ad eum viam per alium fundum, et eundem fundum sine via Titio legasset: si uterque fundum vindicasset, sine via legato fundum cessurum: quia neque acquiri per partem servitus possit.

L. 18. D. de serv. praed. rust. Quaeritur, an si per unum fundum iero, per alium non per tantum tempus, quanto servitus amittitur, an retineam servitutem? et magis est, ut aut tota amittatur, aut tota retineatur. Ideoque si nullo usus sum, tota amittitur: si vel uno, tota servatur.

L. 8. §. 1. D. Quemadm. servitut. amitt. Is, qui per partem itineris it, totum ius usurpare videtur.

Ben Personaldienstbarkeiten verhält sich die Sache anders. Der Ususfructus kann auch getheilt eingeräumt werden, und theilweise durch Nichtgebrauch ver-

lören gehen. Jedoch auch nur dieser allein. Denn die übrigen Personalservituten, der usus, die habitatio und servitus operarum sind ebenfalls untheilbar.

L. 5. D. de usufructu sagt: *Ususfructus et ab initio pro parte indivisa vel divisa constitui, et legitimo tempore similiter amitti, eademque ratione per Legem Falcidiam minui potest. Reo quoque promittendi defuncto, in partes hereditarias ususfructus obligatio dividitur: et si ex communi praedio debetur, uno ex sociis defendente, pro parte defendentis fiet restitutio.*

L. 25. D. Quib. mod. usufr. amitt. *Placet vel certae partis, vel pro indiviso usumfructum non utendo amitti.*

L. 19. D. de usu et habit. *USUS PARS legari non potest; nam FRUI quidem pro parte possumus, UTI pro parte non possumus.*

Es ergiebt sich hieraus eine neue Einteilung der Servituten, daß sie entweder theilbare oder untheilbare sind, welche von practischer Wichtigkeit ist. Ist nämlich eine Servitut von der Art, daß Theilung ihr Wesen vernichtet, so wird sie eine untheilbare (*servitus individua*), in dem entgegengesetzten Falle aber eine theilbare (*dividua*) genannt⁹⁹⁾. Dieser Unterschied ist beson-

99) *G. Iac. CUJACIUS* Quaestion. ad L. 5. D. de Usufr. et ad L. 16. D. Si servit. vindic. *Arn. VINNIUS* Select. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 28. *Io. DEL CASTILLO SOTOMAYOR* de Usufructu Lib. I. cap. 31. *Io. D'AVEZAN* Servitut. libr. P. V. (bey *MEERMAN* T. IV. pag. 184.) *Ant. MERENDA* Lib. VIII. Contr.

besonders wichtig in Rücksicht der Falcidia. Bei dem Nießbrauche, als einer theilbaren Servitut, kann man einen Theil der Früchte auf die Falcidia zurückbehalten. Bei untheilbaren Servituten hingegen muß eine Schätzung geschehen, und von dem taxirten Werth ein Theil zur Falcidia gegeben werden; und man braucht die legitirte Servitut nicht eher einzuräumen, als bis dieser Theil bezahlt worden ist ¹⁰⁰). Hierher gehören folgende Gesetstellen.

L. 1. § 9. D. ad Leg. Falcid. Si usufructus legatus sit, qui et dividi potest, non sicut caeterae servitutes individuae sunt: veteres quidem aestimandum totum usumfructum putabant, et ita constituendum, quantum sit in legato. Sed ARISTO a veterum opinione recessit. Ait enim, posse quartam partem ex eo, sicut ex corporibus, retineri. Idque IULIANUS recte probat.

L. 7. D. eodem. Lege Falcidia interveniente legata servitus, quoniam dividi non potest, non aliter in solidum restituetur, nisi partis offeratur aestimatio.

Endlich unterscheiden sich persönliche und dingliche Dienstbarkeiten noch insonderheit

5) darin von einander, daß erstere mit dem Tode des Berechtigten erlöschen, und mit dem Untergange des Ge-

E 3

gens

trov. iuris cap. 26. 27. 29. et 30. de COCCERJ iur. civ. contr. Lib. VIII. Tit. I. Qu. 10. Andr. Rud. de RAMBOHR de toto iure per partialem usum servato. Goettingae 1753. S. 25. und WESTPHAL de lib. et servit. praed. §. 586 — 588.

100) Iac. VOORDA ad Legem Falcidiam Commentar. (Harlingae 1730. 8.) Cap. XII. §. 8. et 9. und Westphals hermenevt. syst. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen. S. 1304 ff.

genstandes dergestalt aufhören, daß sie auch ~~noch~~ dessen Wiederherstellung nicht wieder aufleben ¹⁾). Dingliche Servituten hingegen kommen jedem Besitzer des herrschenden Gutes zu statten, und wenn auch das Gebäude, dem die Servitut inhärrt, zerstört wird, so behält doch immer auch das neue Gebäude die Rechte desjenigen, an dessen Stelle es getreten ist ²⁾). Denn die Realservitut steht dem Grundstück selbst, und nicht bloß der Oberfläche desselben zu ³⁾).

§. 624.

Verschiedene Entstehungsarten der Dienstbarkeiten.

Servituten können nie von dem einen Berechtigten auf den andern übergehen, sondern müssen immer ursprünglich erworben werden. Dies geschieht entweder

1) mit Bewilligung des Eigenthümers durch einen Vertrag, oder eine letzte Willensverordnung. Oder

2) ohne Bewilligung des Eigenthümers, durch gesetzliche Verordnung, durch richterliche Adjudication, und durch Verjährung ⁴⁾).

§. 625.

1) L. 34. §. 2. D. de usufr. L. 5. §. 2. D. Quib. mod. usufr. amitt.

2) L. 11. pr. L. 20. §. 2. L. 31. D. de servitut. praed. urb. WESTPHAL de Servit. praed. §. 912.

3) L. 13. pr. D. de servit. praed. rustic.

4) C. WESTPHAL cit. libr. Cap. 28. et 29.

§. 625.

I. Constitution der Servituten durch den Willen des Eigenthümers.

Servituten können also I. durch den Willen des Eigenthümers ihre Entstehung erhalten. Hier kommt es auf zwei Fragen an.

1) Wer kann eine Servitut constituiren? Es wird dazu erfordert, daß der Constituent fähig sey, vermöge eines ihm zustehenden, unbeschränkten und ausschließlichen Eigenthums über die Sache zu disponiren, welcher die Servitut aufgelegt werden soll ¹⁾. Wer also

a) nur ein temporäres Eigenthum hat, kann zwar der Sache, so lange sein Recht dauert, eine ihr auf immer nützende Servitut erwerben, allein zum Nachtheil seines Successors, an den das Eigenthum fällt, kann er der Sache keine Dienstbarkeit auflegen. Hat also z. B. der Erbe einem Grundstück, welches einem andern unter einer Bedingung vermacht worden, während der Pendency derselben, eine Servitut aufgelegt, so erlöscht sie, sobald die Bedingung eintreft. Es ist gerade eben so, als wenn er den Fundus selbst veräußert hätte; denn auch die Veräußerung verliert ihre Gültigkeit, sobald die Bedingung zur Wirklichkeit kommt ²⁾. Allein die dem Grundstück erworbene Servitut geht auf den Legatar über ³⁾. Wer ferner

§ 4

b) bloß

5) C. WESTPHAL cit. libr. §. 776. sqq. und THIBAUT System des P.R. 2. B. §. 621⁴

6) L. 105. D. de condit. et demonstrat. L. 69. §. 1. L. 81. pr. D. de legat. I.

7) L. 11. §. 1. D. Quemadm. servit. amitt. Heres, cum legatus esset fundus sub conditione, imposuit ei servitutes: extinguuntur,

b) blos einen Antheil an einem gemeinschaftlichen Grundstück hat, kann allein demselben weder eine Servitut auflegen, noch erwerben, wenn der andere Mit-eigenthümer nicht dazeln williget⁹⁾). Denn eine Realservitut ist untheilbar¹⁰⁾). Sollte jedoch einer von mehreren, welche ein Grundstück gemeinschaftlich besitzen, allein die Servitut eingeräumt haben, so darf er ihre Ausübung nach der gegen das strenge Recht streitenden Billigkeit nicht hindern¹¹⁾). Erfolgt nachher die Einwilligung von Seiten des andern Mit-eigenthümers, so erhält die frühere Con-stitution durch die letztere erst ihre Kraft und Gültigkeit, nicht anders, als ob sie jetzt beide zugleich die Servitut eingeräumt hätten. Die Concession des letztern hat also keine retrotractive Wirkung, sondern ist unnütz, wenn der erstere

tur, si legati conditio existat. Videamus, an adquisitae sequan-
tur legatarium, et magis dicendum est, ut sequantur.

8) *L. 2. D. de Servitut.* Unus ex dominis communium aedium
servitutem imponere non potest. *L. 19. D. de Servitut. praed.
rusticor.* Si unus ex sociis stipuletur iter ad communem fun-
dum inutilis est stipulatio, quia nec dari ei potest. *L. 28. D.
eodem.* Itinere ad praedium commune duorum legato, nisi uter-
que de loco itineris consentiat, servitus neque acquiritur, ne-
que deperit. *L. 34. D. eod.* Unus ex sociis fundi communis
permittendo ius esse ire agere, nihil agit.

9) WESTPHAL cit. libr. §. 780.

10) *L. 11. D. de serv. praed. rustic.* Per fundum, qui plurium
est, ius mihi esse eundi agendi potest separatim cedi. Ergo
subtili ratione non aliter meum fiet ius, quam si omnes cedant:
et novissima demum cessione superiores omnes confirmabuntur.
Benignius tamen dicitur, et antequam novissimus cesserit, eos,
qui antea cesserunt, vetare uti cesso iure non posse.

erstere Constituent, ehe noch des andern Miteigenthümers Einwilligung erfolgte, seinen Antheil an der gemeinschaftlichen Sache einem Dritten verkauft hätte ¹¹⁾). Besitz von beiden Miteigenthümern der eine noch ein eigenes Grundstück, so kann er weder auf dem gemeinschaftlichen Grundstück, um seines eigenen Grundstücks willen, eine Servitut constituiren, noch seinem eigenen Grundstück eine Servitut zum Nutzen des gemeinschaftlichen auslegen, wenn es gleich mit Zustimmung des Miteigenthümers geschieht. Denn in dem ersten Falle würde er die Servitut zum Theil von sich selbst erwerben, in dem andern aber zum Theil sich selbst eine Servitut einräumen. Es kann aber auch der Vertrag auf Seiten des Miteigenthümers nicht gelten, weil Realservituten keine Theilung zulassen ¹²⁾

c) Wer blos ein Nutzungsrecht an einer Sache hat, wie z. B. der Emphyteuta oder der Superficiar, kann zwar auf die Zeit der Dauer seines Rechts die Sache mit einer Servitut belasten.

11) *L. 18. D. Communia praedior.* Receptum est, ut plures domini, et non pariter cedentes, servitutem imponant, vel adquirant: ut tamen ex novissimo actu etiam superiores confirmantur, perindeque sit, atque si eodem tempore omnes cessissent. Et ideo, si is, qui primus cessit, vel defunctus sit, vel alio modo partem suam alienaverit, post deinde socius cesserit, nihil agitur. Cum enim postremus cedat, non retro adquiri servitus videtur: sed perinde habetur, atque si post, cum postremus cedat, omnes cessissent. Igitur rursus hic actus pendebit, donec novus socius cedat.

12) *L. 6. §. 3. D. Commun. praedior.* Si tamen alterae unius propriae sint aedes, alterae communes: neutris servitutem vel adquirere vel imponere me. posse, POMPONIUS *Lib. 8. ex Sabino* scripsit. Man vergleiche hier WESTPHAL cit. libr. §. 786.

Servituten belegen, welche, wenn gleich nicht nach der Strenge des Civilrechts, wohl aber nach der Billigkeit des prätorischen Rechts gelten; aber sie dürfen nicht die Substanz des Grundstücks zum Nachtheil der Rechte des Erbzins, oder Grundherrn afficiren, und erlöschen, wenn das Recht des Constituenten aufhört, sofern sie ohne des erstern Einwilligung errichtet worden waren ¹³⁾.

d) Steht Jemandem der Nießbrauch an einem Grundstück zu, so kann zwar der Eigenthümer, auch ohne die Einwilligung des Nugnießers, eine solche Servitut auf das Gut legen, wodurch dem Nießbrauche des Andern auf keine Weise Eintrag geschieht. Allein eine Servitut, wodurch der Nießbrauch beschränkt wird, kann er weder ohne, noch mit Einwilligung des Nugnießers dem Grundstück auflegen. Dies ist der merkwürdige Ausspruch Ulpian's in der L. 15. §. ult. L. 16. et 17. pr. D. b. t. welcher von jeher ein Stein des Anstoßes für die Rechtsausleger gewesen ist. Die Worte dieser Stellen lauten folgendermaßen: *Proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest. Nisi qua deterior fructuarii conditio non fiat: veluti si talem servitutem vicino concesserit, ius sibi non esse altius tollere. Locum autem religiosum facere potest consentiente usufructuario, et hoc verum est favore religionis.* Für die
Nicht-

13) L. 1. §. ult. D. de Superficieb. Servitutes quoque praetorio iure constituentur: et ipsae ad exemplum earum, quae ipso iure constitutae sunt, utilibus actionibus petentur. Sed et Interdictum de his utile competet. Man sehe Io. D'AVEZAN Servitut. libr. P. V. bey MEERMAN Tom. IV. pag. 188. sq. und WESTPHAL cit. libr. §. 795.

Nichtigkeit der Lesart spricht der ganze Zusammenhang der Worte, die genaue Uebereinstimmung aller bis jetzt bekannten Ausgaben der Pandecten, insonderheit des florentinischen Codex, und die Auctorität der Basiliken. In diesem griechischen Gesetzbuche ¹⁴⁾ sind nämlich jene Stellen auf folgende Art übersetzt: Οὐτε ὁ τὴν δεσποτείαν ἔχων δύναται παραχωρῆσαι δουλείαν, οὔτε ἐπιθεῖναι, καὶ συναπὴ ὁ τὴν χεῖρσιν ἔχων. Εἰ μὴ ἄρα οὐ μέλλει δι' αὐτοῦ ὁ τὴν χεῖρσιν ἔχων βλάπτεσθαι οἷον, μὴ ἐξεῖναι αὐτῷ ὑψοῦν. Κτᾶσαι δὲ δουλείαν, καὶ ἄκροτος τοῦ τὴν χεῖρσιν ἔχοντος. Εἰς ταφὴν τέπον ποιεῖ, συναικοῦντος τοῦ τὴν χεῖρσιν ἔχοντος; das heißt nach der Sabvotischen Uebersetzung: *Neque proprietatis dominus servitutem remittere, neque imponere consentiente etiam fructuario potest. Nisi quae fructuario non officiat: veluti ne sibi altius tollere liceat. Adquiri: autem servitutem etiam invito fructuario. Locum religiosum facit, consentiente usufructuario.* Gleichwohl haben viele berühmte Rechtsgelehrten die Nichtigkeit der Lesart bezweifelt, oder wenigstens gemeint, man könne diese Stellen nicht im grammatischen Sinn, und nach dem gemeinen Wortverstande erklären, weil sie sonst einen Satz aufstellen würden, der dem gesunden Menschenverstande entgegen stielte. Denn wenn der Eigenthümer, und derjenige, dem das Nießbrauchsrecht zusteht, mit einander darin einverstanden wären, daß einem Dritten auf der nutznießlichen Sache eine Servitut eingeräumt werde, wodurch der Ususfructus beschränkt wird; so sey ja die Sache durch dieses Einverständniß in den Zustand gekommen, in welchem sie war, ehe noch der Usufructuar das Nießbrauchs-

14) Basilic. Tom. II. Lib. XVI. Tit. 1. c. 15. 16. et 17. pag. 250.

brauchsrecht erhielt. Sey dieser Schluß richtig, so müsse es auch unumstößlich gewiß seyn, daß beide zusammen dasjenige könnten, wozu vorher der Eigenthümer allein befugt war. Der Usufructuar kann sich ja seines Rechts ganz begeben, und es dem Proprietar cediren; warum sollte er es nicht auch zum Theil können, durch Einwilligung in die Auflegung einer ihm nachtheiligen Servitut? Wer vermag nun einen vernünftigen Grund davon anzugeben, wenn gleichwohl Ulpian das Gegentheil lehrt? Unmöglich, sagt man daher, könne dieses die Meinung dieses Rechtsgelehrten gewesen seyn. Kritik und Emendation sey also nöthig, um den wider die gesunde Vernunft laufenden negativen Sinn in einen bejahenden zu verwandeln. Die Versuche unserer Ausleger sind nun so verschieden, und zum Theil so sonderbar ausgefallen, daß man fast geneigt seyn sollte, die erwähnten Texte in die Classe derjenigen zu setzen, welche man *cruces Ictorum*, oder *leges Pandectarum damnatas* zu nennen pflegt. Bald will man statt *nequidem: equidem* lesen, wie Cornelius van Eck¹⁵⁾ und Cornelius van Bynkershök¹⁶⁾; bald *siquidem*, wie nach Mornacs¹⁷⁾ Bemerkung Pet. Dalessai ohne Bedenken in seinem Pandecten-Exemplare substituirt; bald *non nisi*, wie Ulrich Huber¹⁸⁾. Bald will man nach *imponere* die Partikel *non* ein-

15) In Princip. iur. civ. sec. ord. Dig. h. t. §. 25. und in einer zu Utrecht im Jahr 1697 über die L. 15. 16. u. 17. h. t. geschriebenen Dissertation.

16) Observation. iuris Rom. Lib. I. cap. 11.

17) Ad L. 15. D. de Usufr.

18) Eunom. Rom. ad h. L. 15. pag. 329.

einschalten, und imponere non potest lesen, wie Per. Badius ¹⁹⁾ und Franz Sarmienti ²⁰⁾. Bald soll Ulpian statt consentiente *consentiente* geschrieben haben, wie Joh. Phil. Zeisler ²¹⁾ wählte, so daß nun der Sinn sey, der Proprietar könne nur dann keine Servitut bestellen, wenn der Usufructuar blos stillschweigend darin gewilliget habe. Seine Einwilligung müsse durchaus ausdrücklich gegeben seyn. Andere hingegen, denen bey den starken Gründen, welche für die Richtigkeit der gemeinen Lesart streiten, jede Emendation gewagt und bedenklich schien, glaubten die Worte: *ne quidem consentiente*, seyen hier nicht in dem gewöhnlichen grammatischen Sinn zu nehmen, sondern vielmehr so zu erklären, *vel non consentiente fructuario, eo etiam invito*, und die Partikel *nisi*, mit welcher die L. 16. anfängt, bedeute hier so viel als *duntaxat*, *sed* oder *nimirum si*. Der Sinn sey also dieser: der Proprietar könne, auch ohne den Usufructuar erst um seine Einwilligung zu fragen, ja sogar gegen den Willen desselben, dem nußnießlichen Grundstück eine Servitut auslegen, nämlich, wenn dadurch der Nießbrauch auf keine Weise beeinträchtigt werde. Das Haupt dieser Parthen ist der ehrwürdige Franz Connanus ²²⁾, welcher jedoch, wie auch wirklich in einigen Exemplaren gefunden wird, *nec quidem* liest. Ihm folgten Bernh. Zeinr. Reinsold,

19) Comm. in Pand. ad L. 15. cit.

20) Select. Interpretat. Lib. VI. cap. 12.

21) Diss. de nuda proprietate pleno dominio, ut et proprietatis domino servitutem imponente. Halae 1756. Cap. II. §. 17. sqq.

22) Commentar. iuris civ. Lib. IV. cap. 3. fol. 229 b. init. (edit. Paris 1553. f.)

nold ²³⁾, Abraham Wieling ²⁴⁾, Joh. Wolbers ²⁵⁾, Jac. Voorda ²⁶⁾ und Carl Fried. Walch ²⁷⁾. Allein wie wenig alle diese Emendationen und Erklärungen theils mit dem Zusammenhang der Worte, theils mit dem Geist der römischen Latinität zu vereinigen sind, haben Joh. Gottfr. Baner ²⁸⁾ und Christ. Gottl. Richter ²⁹⁾ überzeugend dargethan. Denn auch davon abgesehen, daß das *ne quidem*, so wie das *nec quidem* nirgends, weder bei den römischen Klassikern, noch in Ulpian's Fragmenten im affirmativen Sinn vorkommt, und am allerwenigsten, wenn es, wie hier, in der Mitte einer Periode gesetzt ist, wie schon Jac. Perizonius ³⁰⁾ gegen die von Reinold zuerst angenommene Connanische Interpretation so gründlich erinnerte, daß Reinold auch der erste war, der diese er-
fand

23) Varior. cap. 16. in *Opuscul.* a IUGLERO edit. pag. 125.

24) *Lectio. iuris civ.* Lib. I. cap. 8. pag. 30.

25) *Observat. cap. 6. adjunct. Petri de TOULLIERU Collectan. iuris civ.*

26) *Elector. libr. fing. cap. 10.*

27) *Not. ad Eckhardi Hermenevt. iuris* Lib. I. cap. 2. §. 52. pag. 48.

28) *Diff. qua recepta L. 15. in fin. D. de usufr. lectio: proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest; ab aliorum emendatione, nec non vulgari explanatione et nota absurditatis vindicatur. Lipsiae 1736. in Opuscul. academ. (Lipsiae 1787. 4.) Tom. I. Nr. VIII. pag. 134. sqq.*

29) *Exercit. iur. civ. de servitute a proprietatis domino fundo fructuario imponenda ad L. 15. §. ult. L. 16. et L. 17. D. de Usufr. Lipsiae 1789. 4.*

30) In *Epist. ad Reinoldum* insert. a IUGLERO *Opuscul. iurid. Reinoldi* pag. 648. sqq.

künstelste und höchst unnatürliche Erklärung ausgab³¹⁾; so steht ja diese Interpretation sowohl, als jede Emendation, mit der L. 17. D. h. t. in dem alleröffenbarsten Widerspruche. Beide Stellen L. 15. und L. 17. sind aus Ulpian's Commentaren über den Sabinus, und zwar aus dem nämlichen Buche, nämlich aus libro 18. ad Sabinum genommen, wie die Inscription lehrt. Beide Stellen standen, wie deren Vergleichung augenscheinlich zeigt, in dem unmittelbarsten Zusammenhange, und sind blos durch Einschlebung der L. 16., welche aus PAULI libr. 3. ad Sabinum genommen ist, von den Verfassern der Pandecten getrennt worden. Nun beweisen die Worte der L. 17. ganz unwidersprechlich, daß die Regel, wovon in dieser Stelle bei der Servitut zur Errichtung einer Grabstätte aus religiösen Gründen eine Ausnahme gemacht wird, einen negativen Satz enthalten haben müsse. Alle jene Ausleger fühlten auch die Schwierigkeit, die ihnen die L. 17. in den Weg legte, zu lebhaft, um nicht gleichsam nothgedrungen zu gewaltsamen Emendationen schreiten zu müssen. CONNANUS suchte der Schwierigkeit dadurch abzuhelpen, daß er die Worte *favore religionis* trennte, und zur folgenden Periode zog. Er las nämlich: *Locum autem religiosum*

31) C. B. H. REINOLDI Exercitat. Spicilegium ad §. ult. Legis XV. D. de Usufructu exhibens. in *Opuscul.* pag. 645. sqq. Merkwürdig sind seine Worte S. 647. *Uti ECKII ac BYNKERSHOEKII emendatio nunquam placuit, ita et sententia CONNANII displicet. Video nexum inter Legem XV. et XVII. Animadverto, ULPIANUM sensisse, proprietatis dominum fundo, cuius alii ususfructus competit, imponere servitutem non posse, quamvis fructuarius consentiat. Fuisse ULPIANO rationem non insubtilem, quam tradit cl. NOOBT.*

sum facere potest consentiente fructuario. Et hoc verum est. *Sed favore religionis interdum et solus proprietatis dominus locum religiosum facere potest.* Voorda sah ebenfalls keinen andern Ausweg, und unterschrieb diese Emendation. Einen etwas andern Weg schlug Cornelius van Byntershöft ein. Ihm war noch die adversative Partikel *autem* anstößig. Es mußte also eine andere substituirt werden, welche einen verbindenden Sinn hat. Er emendirte also auf folgende Art: *Locum item religiosum facere potest, consentiente usufructuario. Sed interdum et solus proprietatis dominus locum religiosum facere potest; et hoc verum est favore religionis.* Welche Kühnheit erlaubten sich nicht hier die Kritiker, doch ben weitem noch nicht mit der zu vergleichen, zu welcher Reinold veranlaßt wurde! Denn jene Rechtsgelahrten suchten doch noch immer durch eine Emendation der Schwierigkeit abzuheffen, so gewaltsam sie auch immer war. Allein Reinold fand den Schaden so unheilbar, daß er glaubte, dem kranken Ulpian sey anders nicht, als durch eine Amputation zu helfen. Er strich also die Worte *favore religionis*, die er nun einmal, ohne dem Text Gewalt anzuthun, mit seiner Erklärung durchaus nicht vereinigen konnte, ohne Weiters weg, als welche, wie er sagt ³²⁾, nur eine unnöthige Anmerkung wären, die ein studiosus iuris seinem Pandecten-Exemplar am Rande begeschrieben hätte, und welche in der Folge als ein Theil des Textes wären angesehen worden. Wer wird nicht hier mit mir das Urtheil unterschreiben, welches der grundgelehrte Perizonius ³³⁾ über alle diese Kritiken aussprach, wenn

cc

32) *Varior.* cap. 16. pag. 131.

33) *Epist. cit.* REINOLDI *Opusculis inserta* pag. 650.

er sagt: *Hoc vere est urere et facere, ut servias hypotbesi?* In der That machte auch die Bündigkeit der Gründe, mit welcher dieser große Gelehrte die offenbare Ungereimtheit aller jener sogenannten Emendationen in der Kürze darstellte, wenn gleich Voorda seine Hypothese gegen Perizonius nur desto hartnäckiger zu vertheidigen suchte³⁴⁾, einen solchen Eindruck auf Reinold, daß er, wie bereits oben bemerkt worden, in einer neuern Schrift nun seine vorige Meinung selbst verwarf, und Ulpians Worte in ihrer grammatischen Bedeutung als richtig annahm. Es ist also jetzt nach dem, was zuletzt Richter³⁵⁾ insondersheit gegen Voorda erinnert hat, nicht dem mindesten Zweifel mehr unterworfen, daß die Worte: *ne quidem consentiente usufructuario*, in dem gewöhnlichen vernelnehmenden Sinn zu nehmen sind; und nun bleibt es denn freylich immer ein schwer aufzulösendes Problem, warum der Proprietar auch nicht einmal mit Einwilligung des Usufructuars einem Dritten eine solche Servitut einräumen könne, woben das Recht des letztern leiden würde. Gesezt aber auch, es ließe sich kein hinlänglicher Grund hiervon ausfindig machen, so giebt uns doch dieses noch bey weitem kein Recht, diese Lehre des römischen Rechts für unvernünftig zu halten. Denn es ist denn doch wohl noch immer ein großer Unterschied zwischen einem Satz, dessen Richtigkeit ich nicht durch bloße Vernunftschlüsse beweisen kann, und einem solchen, welcher gegen die Grundsätze der gesunden Vernunft streitet. Ueber den Grund jenes römischen Rechts.

34) Interpretat. et Emendat. iur. Rom. Lib. III. cap. 13.

35) Cit. Exercitat. cap. 3.

Rechtsfakes, so wie über dessen heutige Anwendbarkeit, sind nun freylich die Theoretiker und Practiker sehr verschiedener Meinung. Einige halten den ganzen Satz für eine bloße Subtilität des römischen Rechts, wovon sich gar kein befriedigender Grund ausfindig machen lasse, und wovon daher auch heut zu Tage gar kein Gebrauch zu machen sey³⁶). Allein da sich ein conträrer Gerichtsgebrauch durchaus nicht beweisen läßt, so widersprechen mit Recht jener willkührlichen Behauptung Struv³⁷), Lauterbach³⁸), Wernher³⁹), Cocceji⁴⁰), Hertel⁴¹) und Richter⁴²). Andere⁴³) tragen wenigstens Bedenken, den Ausspruch Ulpian's in der Allgemeinheit zu erklären, wie er lautet. Sie setzen daher die willkührliche Modification hinzu; es sey nur so bey'm legato ususfructus zu hal-

36) GROENWEGEN Tr. de legib. abrogat. h. t. ad L. 15. cit. BRUNNEMANN Commentar. ad Pand. L. 15. h. t. nr. 4. SCHILTER Exercit. XVII. ad Pand. §. 46. junct. §. 44. STRUYK Uf. mod. P. h. t. §. 7. BOEHMER Introd. in ius Dig. Tit. de Servitut. §. 5. in fin. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CVII. med. 1. und unter den neuern WESTPHAL de lib. et serv. praed. §. 794. not. 710. in fin. pag. 536.

37) Synt. I. C. Exerc. XII. Th. 21.

38) Colleg. th. pr. Pand. Tit. de Servitut. §. 6.

39) Observat. select. for. Tom. I. P. I. Obs. 223.

40) Iur. civ. contro. Lib. VIII. Tit. 1. Qu. 4. in fine.

41) Prolus. acad. de iuris Rom. subtilitatibus in specie Legis XV. §. fin. D. de Ufuf. non ridendis. Ienae 1738.

42) Cit. Exercit. Cap. 6.

43) IENSIUS in Stricturis ad iuris Rom. Pandect. pag. 52. (edit. Lugd. Batavor. 1764. 4. maj.) und RICHTER cit. Exercit. Cap. 5.

halten, wegen der strengen Erklärung und möglichsten Aufrechterhaltung letzter Willensverordnungen. Bei allen andern Arten des *Ususfructus* aber nicht. Also blos derjenige Nießbrauch, der dem *Ususfructuar* in einem letzten Willen vermacht worden ist, sollte nicht durch Auslegung einer neuen Dienstbarkeit, gegen die Absicht des Testators, verhindert oder gar aufgehoben werden. Allein wenn auch *Sabinus*, über den *Ulpian* commentirte, an dem Orte, wo diese Stelle entlehnt ist, von Vermächtnissen und insonderheit vom *usufructu legato* gehandelt haben sollte, so giebt dies doch noch keinen hinlänglichen Grund zu einer solchen einschränkenden Erklärung ab, indem es hier auf den Sinn ankommt, welchen die justinianische Compilation durch ihre jetzige Fassung und Verbindung dem Fragment des *Ulpians* beigelegt hat. Wäre dieses Fragment blos von dem Falle zu verstehen, da der Nießbrauch in einem letzten Willen hinterlassen worden ist, so würde es gewiß nicht in dem allgemeinen Titel *de usufructu* stehen, sondern in dem Titel *de usu et usufructu legato* seinen Platz erhalten haben. Mit Recht verdient daher die Meinung derjenigen den Vorzug, welche *Ulpians* Fragment ohne Emendation in seiner Allgemeinheit erklären, so wie der deutliche Wortverstand es mit sich bringt. Nur die Bemühungen dieser Rechtsgelehrten, den Grund des darin enthaltenen Rechtsatzes auszuforschen, sind nicht überall von glücklichem Erfolge gewesen.

Eine genauere Prüfung derselben wird uns lebhaft davon überzeugen. So paßt der Grund ganz und gar nicht, den *Bauer* ⁴⁴⁾ angiebt, wenn er sagt, die mit Ein-

D 2

willis

44) *Diff. cit. ad L. 15. in fin. D. h. t. §. 25.*

willigung des Usufructuars constituirte Servitut könne man im Zweifel nur für eine temporäre halten, die sich nicht über die Zeit des Nießbrauchs hinauserstrecke. Nun gelte eine servitus ad tempus constituta nach dem strengen Rechte nicht. Richter ⁴⁵⁾ hat diese Hypothese ausführlich widerlegt. Eben so wenig kann auch der Grund als entscheidend angenommen werden, daß auf einer schon vorhandenen Dienstbarkeit keinem andern eine neue Servitut eingeräumt werden könne, ob ihn gleich viele ⁴⁶⁾ angenommen haben. Denn die Servitut wird ja nicht dem Nießbrauche, sondern der Sache aufgelegt, woran der Usufructuar nur den Nießbrauch hat ⁴⁷⁾. Noch unrichtiger argumentiren diejenigen ⁴⁸⁾, welche sagen, die Bestellung einer Servitut sey eine Art der Veräußerung. Wer nun, wie der Usufructuar, nicht alieniren kann, könne auch in keine Veräußerung auf eine rechtsbeständige Art

45) Cit. Exercitat. Cap. 2.

46) *Lud. VITALIS* Lib. II. Lection. variar. iuris civ. cap. 8. (in *Ev. OTTONIS Thes. iur. rom.* Tom. II. pag. 669.) *Iac. GUTHERIUS* de iure manium Lib. III. cap. 2. pag. 433. (edit. Lipsiae 1671. 8.) *Ge. Frid. DEINLIN* Diss. servitus in servitute s. dispositio L. 15. §. ult. Dig. de Usufr. ex iure civ. Rom. explicata. *Altorfii* 1719. *EMMINGHAUS* ad *Cocceji* ius civ. contr. Lib. VIII. Tit. I. Qu. 4. not. η. Tom. II. pag. 37. und *Zacharia* in der angef. wissenschaftl. Entwicklung §. 16.

47) Man sehe *Hugo* Bemerkung zu *Zacharia* in dem civilist. Magazin. 2. B. S. 350. Not. *)

48) *Hugo DONELLUS* Commentar. iuris civ. Lib. X. cap. II. Io. STECK Observat. anticriticar. iur. cap. 5. (in *Ev. OTTON. Thes. iur. Rom.* Tom. I. pag. 512.) und Io. VÖET Comment. ad Pand. h. t. §. 20.

Art einwilligen. Denn die *L. 165. D. de reg. iur.* auf welcher man argumentirt, geht nur auf solche Personen welche, wie z. B. Pupillen, gar nicht gültig consentiren können, wie schon Godefroi⁴⁹⁾ sehr gründlich dagegen erinnert hat; überdem folgt ja auch noch nicht, weil der Usufructuar nicht selbst eine Servitut auslegen kann, so kann er auch nicht gültig in die Auslegung einer Dienstbarkeit consentiren. Die meisten Rechtsgelehrten⁵⁰⁾ stimmen zwar dem Raphael Fulgosius bey, und erklären sich den Ausspruch Ulpians so, der Proprietar habe nur ein unvollständiges Eigenthum, welches an sich zur Bestellung einer Dienstbarkeit nicht genüge, und auch durch die Einwilligung des Usufructuars nicht vollständig gemacht werde, so lange dieser den Nießbrauch behält. Allein da auch bey dieser Erklärung noch immer die Hauptfrage unentschieden bleibt, warum der Usufructuar nicht durch seine Einwilligung die Handlung des Proprietars bekräftigen könne, da er doch den Nießbrauch sowohl ganz als zum Theil aufgeben kann, so ist auch diese Erklärung unbefriedigend. Daß überdem die bloße Proprietät den Eigenthümer berechtigen könne, einem Dritten eine solche Servitut

D 3

ditut

49) Animadversion. iur. civ. cap. 5.

50) Lud. RUSSARDUS et Lud. CHARONDAS ad L. 15. cit. Io. DEL CASTILLO SOTOMAYOR Quotidianar. Controversiarum Lib. I. de usufr. cap. XXXV. §. 16. Iac. CUJACIUS et Ian. a COSTA ad §. 9. I. de rer. divis. Io. D'AVEZAN Servitut. libr. P. V. bey MEERMAN T. IV. pag. 180. Ger. NOODT de Usufructu Lib. I. cap. 15. Franc. RAMOS DEL MANZANO Comm. ad Tit. D. de Servitut. P. II. cap. 1. §. 18. bey MEERMAN Tom. VII. pag. 58. und de COCCEJI iur. civ. controuv. Lib. VIII. Tit. 1. Qu. 4.

ditut zu constituiren, wodurch der Nießbrauch auf keine Weise geschmälert wird, sagt ja die L. 16. b. 1. ganz ausdrücklich. Auch dies würde der Proprietar nicht können, wenn die bloße Proprietät zur Auflegung einer Servitut schlechterdings nicht berechtigte. Aus diesen Gründen thun daher unsere heutige Rechtsgelehrten gar nicht Unrecht, wenn sie alle die bisher vorgetragenen Erklärungen und Meinungen verwerfen. Wir dürfen jedoch auch die neuern Versuche, die man zur Aufklärung der schwierigen L. 15. b. 1. gemacht hat, nicht mit Stillschweigen übergehen. Unter diesen verdienen die Woltdärsche, die Reichhelmsche und Schömannische Erklärung eine von Seiten des Scharffsinns gewiß rühmliche Auszeichnung. Herr Prof. Woltdär⁵¹⁾ glaubt, die ganze Schwierigkeit in der Stelle des Ulp. ans lassen sich durch folgende Paraphrase sehr leicht heben: Wenn Jemanden an einer Sache, an der bereits ein Anderer ein Nießbrauchsrecht hat, eine Servitut bestellet werden soll, bey deren Ausübung der bisherige Umfang des Nießbrauchsrechts des Usufructuars nicht bestehen kann, so sey zwar frenlich nothwendig, daß solches nicht wider den Willen des Usufructuars geschehe. Dieser müsse allerdings darcin willigen, allein seine bloße Einwilligung reiche noch nicht zu. Es müsse vielmehr derselbe seinem Nießbrauchsrechte insoweit entsagen, als erforderlich sey, damit

51) Versuch einer neuen Erklärung von einer für schwer gehaltenen Stelle aus den Pandecten; (in den Wöchentlichen Hallischen Anzeigen vom J. 1779. Nr. XII. XIII. u. XIV.) und in Desselben Observation. quae ad ius civ. et Brandenburg. pertinent, Fascic. II. Obs. 33. sub Tit. *de proprietatis domino, ne quidem consentiente fructuario, servitutem imponente: ad L. 15. §. ult. D. de usufr. pag. 164. sqq.*

damit durch eine solche daraus entstehende Consolidation der Proprietat diese Servitut nunmehr allein bestellen könne, weil solche nun nicht mehr die Rechte des Usufructuars fränken könne. Die Bestellung der Servitut müsse also auf eine solche Art geschehen, daß es niemals scheine, der Erwerber habe solche auch dem Usufructuar zu verdanken. Denn ein Usufructuar sey ein für allemal nicht berechtigt, eine Servitut zu bestellen. Es könne also auch der Proprietar nicht mit Einwilligung desselben eine Servitut bestellen, weil es gegen alle Regeln des Civilrechts streite, daß ein Eigenthümer und Nichteigenthümer gemeinschaftlich eine Servitut bestellen könnten. Aus dem allen ergebe sich nun so viel, daß der eigentliche Stein des Anstoßes, wodurch alle die Schwierigkeit, welche man bey dieser Stelle gefunden hat, veranlaßt worden ist, eigentlich darin liege, daß man irrig vorausgesetzt habe, als ob das Gesetz die Constituirung einer Servitut auf einer Sache, woran einem Andern das Nutznießungsrecht zusteht, insofern dadurch der Ususfructus beschränkt wird, gänzlich verboten habe. Dies sey aber weder in diesem, noch in irgend einem andern Gesetz des ganzen römischen Gesetzbuches geschehen. Die Gesetze hätten nur verordnet, daß der Usufructuar zu diesem Behuf in den Händen des Proprietars so viel von seinen Rechten resigniren müsse, daß der Proprietar nunmehr ganz allein, aus eigener Machtvollkommenheit, und ohne weitere Concurrenz des Usufructuars diese Servitut bestellen, und also der alleinige Auctor dieser neuen Servitut werden könne.

Allein so scharfsinnig auch diese Erklärung ist, so wenig kann ich mich davon überzeugen, daß Ul. ian bey

den Worten: *ne quidem consentiente fructuario*, daran gedacht habe, daß nur die bloße Einwilligung des Usufructuars nicht hinreiche, sondern dazu noch eine besondere Cession oder Resignation des Ususfructus erforderlich sey, so weit es nöthig ist, damit der Proprietar die Servitut nun ganz allein bestellen könne. Von einer feyerlichen Cession des Ususfructus, die zu Ulpian's ⁵²⁾ Zeiten noch in iure geschah, könnte nie die Rede gewesen seyn, weil dadurch dem ganzen Nießbrauche ein Ende gemacht wurde ⁵³⁾. Diese war auch zu Justinian's Zeiten längst außer Gebrauch. Also nur von einer partiellen Resignation des Nießbrauchs an den Proprietar. Sag denn aber diese nicht in der Einwilligung des Usufructuars in die Bestellung der Dienstbarkeit? Man sage mir doch, wenn man nicht mit den Worten spielen will, was für ein Unterschied sey, ob der Usufructuar in die Bestellung der Servitut schlechthin williget, oder ob er dabei zugleich erklärt, er begebe sich seines Nutznießungsrechts in soweit, als nöthig ist, damit dem Dritten die verlangte Servitut constituiert werde. Auf eine Stipulation scheint es auch hier gar nicht angesehen gewesen zu seyn. Eine solche konnte ohnehin nach einer bekanten Rechtsregel nicht um eines Dritten willen geschehen; und war auch nicht nöthig, wo es bloß auf die Einwilligung eines Andern bey der Bestellung eines Rechts ankam ⁵⁴⁾. Der Usufructuar kann freylich keine Servitut bestellen, allein er bestellt sie auch nicht,

52) ULP. *Fragm.* Tit. XIX. §. 11. *In iure cedi res etiam incorporales possunt, velut ususfructus.*

53) C. GALVANUS de Usufructu. Cap. XXXIII. §. VII. p. 548.

54) L. 2. D. de Servitut.

nicht, wenn er seine Einwilligung dazu giebt, daß der Proprietar einem Dritten eine Servitut constituire, wodurch der Ususfructus geschmälert wird. Denn sonst könnte er auch nicht consentiren, wenn es blos auf die Bestellung einer Grabstätte angesehen ist, welches doch favore religionis ausnahmsweise geschehen kann. Es muß also wohl einen andern Grund haben, warum der Proprietar ausser diesen Fall eine den Nießbrauch beeinträchtigende Servitut auch nicht einmal mit Einwilligung des Ususfructuars einem Dritten constituiren kann.

Nicht glücklicher forschte in neuern Zeiten Reichhelm⁵⁵⁾. Er glaubt, man müsse von dem Grundsatz ausgehen: „So wenig ich auf die Erfüllung eines im Scherz gegebenen Versprechens zu dringen berechtigt bin, eben so wenig kann ich mich berechtigt fühlen, ein Recht aus einem Versprechen herzuleiten, nach welchem der Promissor sein Recht durch Entziehung eines wesentlichen Theils zwar einschränken, das Recht aber selbst behalten will.“ Ein solches Versprechen könne nur als Scherz aufgenommen werden. So wie nun der Pfandgläubiger das in der Natur des Pfandrechts liegende Veräußerungsrecht nicht aufgeben könne, ohne aufzuhören, Pfandgläubiger zu seyn; und so wenig der Socius von dem Gesellschaftsgewinne, dessen Gemeinschaflichkeit ein wesentlicher Theil des Societätscontracts sey, nichts zu wollen, im Ernst versprechen könne, ohne aufzuhören, Socius zu seyn; —
eben

55) Versuch einer Auslegung dunkler für den Theoretiker und Practiker gleich wichtiger Gesetze aus dem Civil- und Lehnrecht. (Halle 1799. 8.) Nr. VII. S. 241. ff.

eben so wenig könne der Eigenthümer auf das scherzhafte Versprechen des Nutznießers bauen, nach welchem dieser mit Verbehaltung seines Nießbrauches Verzicht auf das *ius utendi* thäte.

Allein kann denn nicht der Nutznießer einzelne Theile seines *Ususfructus*, so wie durch Nichtgebrauch an den Eigenthümer verlieren, so auch durch Abtretung an ihn aufgeben, ohne dadurch aufzuhören, *Ususfructuar* im Betreff aller übrigen Theile zu seyn? Was könnte also den Eigenthümer hindern, nachdem er den Consens des *Ususfructuarius* auf diese Weise erhalten hat, auf die an ihn zurückgegebenen Theile des *Ususfructus* *Servituten* nach Gefallen zu legen? Zwar hat es freylich seine Richtigkeit, daß der *Ususfructuar*, insofern er Theile seines Rechts an den Eigenthümer zurückgegeben hat, in Rücksicht derselben nicht mehr *Ususfructuar* bleibe. Es heißt aber auch in den angeführten Stellen nicht, er müsse zugleich aufs Ganze den unelingschränkten Nießbrauch behalten. Denn dies wäre eine Unmöglichkeit, wovon auch gar keine Rede ist. Es heißt nur, der Consens des *Ususfructuarius* solle nichts helfen. Den Widerspruch hingegen, das *ius utendi* an den Eigenthümer abzutreten, und doch zugleich dasselbe als fortbleibender *Totalusfructuar* zu behalten, ahnen sie gar nicht.

Auf mehreren Verfall kann dagegen die Erklärung rechnen, welche Franz Schöman ⁵⁶⁾ über die schwierige Stelle *Ulpian's* gegeben hat. Eine *Servitut*, sagt dieser Gelehrte, die den *Ususfruct* beschränkt, läßt sich nicht anders

56) Handbuch des Civilrechts 1. Band. Nr. VII. S. 389. ff.

ders denken, als durch die an einen Dritten geschehene positive Uebertragung eines Theils des Nießbrauchs. Diese positive Uebertragung auf einen Dritten können beide, Usufructuar und Proprietar, mit vereinten Kräften nicht bewirken. Betrachtet man nun, welche Eigenthumstheile, und wie dieselben durch Bestellung des Ususfructus vom Eigenthümer auf den Usufructuar übertragen worden sind, und was demnächst noch in der dem Eigenthümer überbleibenden Proprietät enthalten ist; so werden uns diese simplen Abstractionen überzeugen, daß die reinsten Begriffe dem Urtheile des römischen Juristen zum Grunde lagen. Volle Benützung der Sache ist das Wesen des Ususfructus. Diese wurde vom Eigenthümer auf den Usufructuar übertragen, aber in dieser Uebertragung liegt keinesweges das Recht, diese Befugniß auf Andere weiter zu übertragen. Der Usufructuar kann also für sich selbst nichts von seinem Rechte an einen Dritten ⁵⁷⁾ veräußern. Eben so wenig kann es der Proprietar für sich selbst. Denn alles Recht, Früchte von seiner Sache zu percipiren, und dieselben zu benutzen, ist von seinem Eigenthume losgerissen. Er hat es nicht mehr, so lange der von ihm bestellte Ususfructus dauert.

Was

57) d. i. welcher nicht der Proprietar ist. *Cedendo extraneo nihil agitur*, sagt Justinian §. 3. I. de usufr. Ueberläßt der Usufructuar einem Andern den Genuß der Früchte durch Kauf, Schenkung oder Verpachtung, so behält erster dennoch das Recht selbst, welches als ein subjectiv persönliches Recht von der Person des Usufructuars nicht getrennt werden kann. L. 12. §. 2. L. 38. L. 39. L. 67. D. h. t. L. 8. §. 2. D. de peric. et commod. rei venditae. L. 3. §. 3. D. Quibus mod. usufr. amitt.

Was könnte also die Concurrency des beiderseitigen Consenses in die Uebertragung eines Theils der Nutznießung auf einen Dritten bewirken, welchen der eine, nämlich der Proprietar, dermalen gar nicht eigenthümlich hat, der andere aber, welcher ihn zwar dermalen eigenthümlich hat, nämlich der Usufructuar, nicht veräußern kann? Wenn nun aber gleich, nach Ulpians Aussprüche, auch nicht einmal die Einwilligung des Usufructuars den Eigenthümer berechtigen kann, eine Servitut zum Nachtheil des Nießbrauchs aufzulegen, so will das doch nicht so viel sagen, als ob der Dritte, dem man die Servitut geben wollte, das ihm verstattete Recht gar nicht ausüben dürfte. Allerdings ist die Uebertragung von Wirkung, so lang der Ususfructus dauert, sie gilt nur nicht als Servitut, nicht als *ius proprium tertii*, sondern bloß als *exercitium iuris alieni*. Mit Endigung des Nießbrauchs hört auch die Wirkung der Uebertragung auf ⁵⁸⁾.

Ich komme nun 2) auf die andere hier noch überhaupt zu erörternde Frage, nämlich wer eine Servitut erwerben könne? Sie ist dahin zu beantworten, daß derselbe, welcher die Dienstbarkeit erwerben will, zur Erwerbung derselben fähig seyn müsse. Dazu ist nun zwar, wenn von Personalservituten die Rede ist, hinreichend, wenn man überhaupt fähig ist, Rechte zu erwerben. Allein bei Realdienstbarkeiten wird noch insonderheit erfordert, daß man das Alleineigenthum des Grundstücks

58) *L. 1. in fin. D. de usu et usufr. legato.* Man sehe auch Hugo Lehrbuch der Pandecten. (Berlin 1805.) §. 64. Not. 1.

stücks habe, dem die Servitut erworben werden soll⁵⁹⁾. Daher kann nicht gütlich von einem Mitelgenthümer allein eine Servitut für ein gemeinschaftliches Grundstück erworben werden⁶⁰⁾, wenn nicht auch der andere Mitelgenthümer dazwischen williget⁶¹⁾. Noch weniger kann also der Mitelgenthümer eines Grundstücks demselben eine Servitut erwerben. Diesem zu Folge sagt Ulpian⁶²⁾: *Fructuarius quidem adquirere fundo servitutem non potest, retinere autem potest*. Eben deswegen kann auch nach dem römischen Rechte der Eigenthümer eines Grundstücks nicht sich und zugleich seinem Nachbar eine Servitut versprechen und bestellen lassen. In Ansehung des Nachbarn ist das Versprechen ganz unwirksam. Nur der Eigenthümer erwirbt die Servitut seinem Grundstück ganz allein. Javolen⁶³⁾ sagt: *Proprium solum vendo: an servitutem talem iniungere possum, ut mihi et vicino*

59) C. TRIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 621. lit. C.

60) L. 5. D. *Commun. praedior.* — *Per unum socium communi solo servitus adquiri non potest.*

61) L. 19. D. *de servit. praed. rustic.* sagt: *Si unus ex sociis stipuletur iter ad communem fundum, inutilis est stipulatio: quia nec dari ei potest. Sed si omnes stipulentur, singuli ex sociis, sibi dari oportere, petere possunt: quia ita dari eis potest a te.* — L. 28. D. *eodem.* *Itinere ad praedium commune duorum legato, nisi uterque de loco itineris consentiat, servitus neque acquiritur neque deperit.* Man sehe über diese Stellen WESTPHAL cit. libr. §. 779. Not. 702.

62) L. 15. §. 7. D. *de usufr.*

63) L. 5. D. *Commun. praedior.*

vicino serviat? — Respondi, servitutem recipere ⁶⁴⁾, *nisi sibi, nemo potest: adiectio itaque vicini pro super-
vacuo habenda est: ita ut tota servitus ad eum, qui re-
ceperit, pertineat.* Der Eigenthümer hingegen kann selb-
nem Grundstück eine Dienstbarkeit erwerben, wenn er
auch gleich kein vollständiges, oder auch nur ein wieder-
rusliches Eigenthum hat. Z. B. der Proprietar, auch wi-
der den Willen des Usufructuars ⁶⁵⁾, der Emphyteuta ⁶⁶⁾,
der Erbe, wenn der fundus unter einer Bedingung ver-
macht worden, und diese noch nicht existirt ⁶⁷⁾. Es kann
auch der Eigenthümer zweier Grundstücke, wenn er sie
bende verkauft, das eine aber noch nicht tradirt hat, dem-
selben noch eine Servitus auf dem andern, bereits dem
Käufer übergebenen Grundstück, acquiriren, weil er vor
der Uebergabe noch Eigenthümer ist. Hätte er aber bende
Grundstücke zu gleicher Zeit verkauft, und den Käufern
bereits übergeben, so findet eine solche Erwerbung, oder
Bestellung der Dienstbarkeit nicht mehr Statt ⁶⁸⁾. Das
hingeh.

64) *Recipere* heißt hier so viel als *excipere*, sich vorbehalten. C.
WESTPHAL §. 781. Not. 703.

65) L. 15. §. 7. D. de usufr.

66) Die dem emphyteutischen Gute erworbene Servituten sind
wenigstens nach dem iure praetorio gültig, und wirken *actiones*
utiles. C. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Lib. VIII. Tit. 1.
§. 8. und WESTPHAL §. 795.

67) L. 11. §. 1. D. *Quemadm. servitut. amitt.*

68) L. 8. D. *Commun. praedior.* Si, cum duas habere in insulas,
duobus eodem momento tradidero, videndum est, an servitus
alterutris imposita valeat: quia alienis quidem aedibus imponi
nec adquiri servitus potest. Sed ante traditionem peractam,
suis

hingegen ist die Servitut, die mir allein vermacht worden, ungültig, wenn das Grundstück, dem sie zustehen soll, nicht mir allein, sondern mir und einem Andern gemeinschaftlich legirt worden ist; es wäre denn, daß der Co-legatar seinen Theil nicht acquirirte; hier gilt die Servitut, wenn ich, dem sie vermacht worden, nun den ganzen Fundus erhalte ⁶⁹⁾. Alle diese Grundsätze des römischen Rechts müssen auch noch heut zu Tage gelten, da wir in Deutschland das römische Recht nun einmal als gemeines verbindliches Recht, insonderheit auch in der Lehre von Dienstbarkeiten, aufgenommen haben, und diese Grundsätze mit dem System des römischen Rechts genau zusammenhängen ⁷⁰⁾. Es fragt sich jedoch, ob man nicht eine Servitut auch durch einen Bevollmächtigten erwerben könne? Ein ausdrückliches Gesetz ist darüber nicht vorhanden. Nach der Analogie läßt sich indessen diese Frage mit Lauterbach ⁷¹⁾ und Höpfner ⁷²⁾ ohne Bedenken beantworten.

quis magis acquirit vel imponit is, qui tradit, ideoque valebit servitus.

69) *L. 3. D. de servit. legat. Si fundum Maevio, et ad eum viam per alium fundum, et eundem fundum sine via Titio legasset: si uterque fundum vindicasset, sine via legato fundum cessurum: quia neque acquiri per partem servitus possit. Et si prius Maevius fundum vindicaret, altero deliberante, posse dubitari, an, si postea Titius omisset, viae legatum salvum esset, et hoc magis videbatur. S. WESTPHAL §. 783—785.*

70) *S. Zacharia wissenschaftl. Entwickl. der Lehre des R. R. von dinglichen Servituten §. 16. bey Hugo im civ. Magazin. 2. B. C. 348.*

71) *Colleg. th. pract. Pand. Lib. VIII. Tit. 1. §. 9.*

72) *Commentar über die Helvecc. Institutionen §. 435.*

jahren. Denn durch einen Procurator kann man ja Besitz und Eigenthum erwerben ⁷³⁾).

§. 626.

Unterschied zwischen Bestellung einer Dienstbarkeit unter Lebenden und auf den Todesfall. Stillschweigende Constitution einer Servitut.

Eine Servitut, die mir der Eigenthümer constituit, kann nun auf verschiedene Art entstehen.

1) Durch einen Vertrag, und zwar ist jede erlaubte Convention dazu geeigenschaftet, sie sey Schenkung oder Kauf, oder ein anderer benannter oder unbenannter Contract ⁷⁴⁾. Es muß nur, wenn der Vertrag von Wirkung seyn soll, die Servitut nicht zu allgemein versprochen ⁷⁵⁾, auch das Versprechen nicht nach Willkühr des Concedenten widerruflich seyn ⁷⁶⁾. Denn durch ein *Precarium*

73) §. 5. I. *per quas person. cuique acquir.* L. 20. §. 2. D. de *acquir. rer. dom.* Vld. Io. Car. Gebb. REINHARD Diss. de *dominii acquisitione per procuratorem.* Vitemb. 1778.

74) WESTPHAL cit. libr. §. 821.

75) L. 7. pr. *Commun. praedior.* In tradendis unis aedibus ab eo, qui binas habet, *species servitutis* exprimenda est: ne si generaliter *servire dictum erit*, aut *nihil valeat*, quia *incertum fit*, quae *servitus excepta fit*, aut *omnis servitus imponi debeat*.

76) L. 17. D. *eodem.* Si *precario vicinus in tuo maceriam* (Wand) *duxerit*, *interdicto*, quod *precario habet*, *agi non poterit*: nec *maceria posita*, *donatio servitutis perfecta intelligitur*, nec *utiliter intendetur*, *ius sibi esse*, invito te, *aedificatum habere*: cum *aedificium*, *soli conditionem secutum*, *inutilem faciat intentionem*. Caeterum, si in suo *maceriam precario*,

elium kann keine Servitut constituirt werden⁷⁷⁾. Es ist jedoch das bloße Versprechen zur Entstehung der Servitut noch nicht hinreichend, es muß noch eine Tradition hinzukommen, wodurch das dingliche Recht der Dienstbarkeit erworben wird⁷⁸⁾. Der Vertrag an sich giebt nur ein *ius ad rem*⁷⁹⁾. Diese Tradition ist verschieden nach der Natur einer jeden Servitut. Bei persönlichen Servitutibus, welche das Eigenthümliche haben, daß die Ausübung derselben immer mit dem natürlichen Besitz der Sache selbst verbunden ist, geschieht sie durch dasselbe Factum, wodurch der Besitz der Sache selbst erworben wird, namentlich durch Einhändlgung der Sache, oder dadurch, daß der Eigenthümer den Usufructuar in das Grundstück einführt, oder ihn selbst Besitz nehmen läßt⁸⁰⁾. Bei den dinglichen Servitutibus verhält sich

cario, qui servitutem tibi debuit, duxerit: neque libertas usucapietur, et interdicto, quod praedario habet, utiliter cum eo agetur.

77) WESTPHAL cit. lib. §. 826.

78) L. 1. §. 2. D. de Servitut. praed. rusticor. L. 11. §. 1. D. de public. in rem act. WESTPHAL §. 828. Hieraus erklärt sich, wenn Paulus L. 3. pr. D. de obligat. et act. sagt: *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum.* C. GALVANUS de Usufructu Cap. XVIII. §. 10.

79) Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 352.

80) L. 3. pr. D. h. t. C. GALVANUS de Usufr. cap. XVIII. §. 12. pag. 202. edit. Tubing. Nachdem ältern Rechts war ein Unterschied, ob der Gegenstand der Servitut eine *res mancipi* oder *res nec mancipi* war. In dem letztem Falle wurde schon Glück's Erläut. d. Pand. 9. Th. E durch

sich die Sache anders. Hier ist der Unterschied zwischen affirmativen und negativen Servituten wichtig. Den den erstern ist das, was der Eigenthümer des dienstharen Gutes vermöge der Servitut leiden muß, entweder eine eigene Handlung des Berechtigten für sich, die nur mittelbar auf das andere Grundstück sich bezieht, wie z. B. bey der *servitute itineris, actus, viae*; oder es ist mit dem

durch die bloße Tradition das *ius usufructus* begründet. Im ersten Falle hingegen war eine *mancipatio* oder in iure cessio nöthig. ULP. *Fragm. XIX. §. 1. et 11.* SCHULTING in Jurisprud. anteaust. pag. 623. not. 39. Die bloße Tradition begründete außer der *iuris quasi possessio* nur eine *actio publiciana*. L. 11. §. 1. D. de public. in rem act. Auf diesen Unterschied bezieht sich das, was L. 1. pr. D. Quib. mod. usufructus amitt. gesagt wird, wo es heißt: *Non solum usufructum amitti capitis deminutione constat, sed et actionem de usufructu. Et parvi refert, utrum iure sit constitutus usufructus, an vero tuitione Praetoris.* Proinde traditus quoque usufructus, item in fundo vectigali vel superficie non iure constitutus, capitis minutione amittitur. Hiervon hing ferner der Unterschied zwischen *dominium usufructus* und *possessio usufructus* ab, dessen Julian L. 3. D. Si usufruct. petat. gedenkt. Man sehe den 3. Theil dieses Commentars §. 576. Not. 81. und §. 593. Not. 37. Der Unterschied zwischen *Traditio* und *Cessio* fällt nun aber jetzt weg, nachdem Justinian L. un. Cod. de nudo iure Quirit. toll. den Unterschied zwischen *res mancipi* und *nec mancipi* aufgehoben hat. S. SCHULTING c. 1. pag. 624. und von Savigny Recht des Besitzes §. 43. Not. 1. In Ansehung der Induction bemerke ich nur noch, daß dieselbe auch dadurch geschehen kann, wenn ich einem Andern verbiete, demjenigen Gewalt anzuthun, welcher von dem Grundstück mit meinem Willen Besitz nehmen will. L. 52. §. 2. D. de acquir. vel amitt. poss.

dem Besitz des andern Grundstücks unmittelbar verbunden, wie z. B. bey der servitude operis ferendi, tigni immittendi. Im ersten Falle gilt die erste wirkliche Ausübung der eingeräumten Servitut, welche mit Wissen und ohne Widerspruch des Concedenten geschieht (*patientia*), statt der Tradition⁸¹⁾. Es ist daher offenbar unrichtig, wenn der sonst so gelehrte Bachov⁸²⁾ gegen die klare Verordnung der Gesetze behauptet, daß selbst zur Acquisition affirmativer Dienstbarkeiten der bloße Vertrag hinreichend sey, um eine *actio in rem* zu begründen, wogegen

§ 2

gen

81) *L. ult. D. de Servitut.* Quoties via, aut aliquod ius fundi emeretur, cavendum putat esse *Labeo*, per te non fieri, quominus eo iure uti possit: quia nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset. Ego puto, *asum eius iuris pro traditione possessoris accipiendum esse*. Ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt. Die ältern römischen Juristen hielten eine Caution für nöthig, welche die Stelle der Tradition vertrat. Aufser *Labeo*, der hier angeführt wird, war auch *Sabinus* dieser Meinung, wie aus *L. 3. §. 2. D. de act. emti vend.* erhellt. Allein das neuere Zeitalter des *Javolenus* verwarf diese Cautionleistung. Man sehe *Westphal §. 828. Not. 738.* Noch ist eine Stelle beizufügen. *L. 1. §. 2. D. de Servitut. praed. rusticor.* Traditio plane et *patientia* servitutum inducet officium Praetoris. Bey den servitutibus praediorum rusticorum, welche zu den rebus mancipi gehörten, war ehemals eine mancipatio oder *cessio in iure* nöthig, wenn die Constitution derselben nach dem Civilrecht gelten sollte. (*Ulp. Fragm. XIX. 1. 11.*) Die Traditio und *patientia* gab nur eine *actio Publiciana*. *L. 11. §. 1. D. de public. in rem act.* S. *Pufendorf Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 32. §. 8.* von *Savigny* Recht des Besitzes §. 46. S. 421 Not. 1.

82) *Commentar. ad §. 4. I. de Servitut.*

gen der große Vinnius⁸³⁾ mit allem Recht erinnert hat, er habe nie etwas gehört, *quod a ratione et auctoritate iuris magis abhorreat*. In dem letztern Falle hingegen, da affirmative Dienstbarkeiten mit dem Besitz des dienstbaren Grundstücks in unmittelbarer Verbindung stehen, geschieht die Tradition durch dieselbe Handlung, durch welche der Besitz der Sache erworben wird⁸⁴⁾. Da nun diese Servituten immer in einer fortdauernden Anstalt bestehen, durch deren Daseyn das Recht wirklich ausgeübt wird, so hängt nun die Erwerbung derselben davon ab, daß diese Anstalt, z. B. bey der *servitute tigni immittendi* die *immissio*, wirklich Statt finde⁸⁵⁾. So viel endlich die negativen Dienstbarkeiten anbetrifft, vermöge deren man von dem Eigenthümer eines Grundstücks fordern kann, daß er etwas unterlasse, was er sonst als Eigenthümer zu thun berechtigt wäre, so nehmen die meisten Rechtsgelehrten ganz richtig an, daß diese Rechte ohne alle Uebergabe, durch bloßen Vertrag, erworben werden können⁸⁶⁾. Denn da hier keine Form bestimmt ist, und doch diese Rechte selbst in den Gesetzen anerkannt sind, so müssen sie auch ohne alle Form erworben werden können,

83) Commentar. ad §. 4. I. de Servitut. nr. 5.

84) L. 11. §. 1. D. de public. in rem act. L. 20. pr. D. de servitut. praed. urban. L. 16. D. Si servit. vindic. Von dieser Art sind die *servitutes urbanae*. Bey diesen ist die bloße *traditio* oder *patientia* hinreichend. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obf. 32. §. 8.

85) E. v. Savigny a. a. O. S. 433.

86) E. Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 352. und Weber zu Höpfner Not. (*) S. 366.

nen, wenn nur der Eigenthümer in ihren Erwerb einwilliget⁸⁷⁾. Einige⁸⁸⁾ behaupten zwar, daß auch hier eine iuris quasi traditio nöthig sey, welche darin bestehen soll, daß derjenige, gegen den das negative Recht geltend gemacht werden soll, ein factum contrarium, freylich nur zum Schein, vornehme, und sich dann bey dem erfolgten Widerspruche des Andern beruhige; oder es müsse wenigstens dem Contract eine Clausel beygefügt werden, wodurch für die Zukunft gegen alle der Servitut entgegenstehende Handlungen ein für allemal protestirt wird. Allein die Gesetze haben eine solche Formalität bey Erwerbung negativer Servituten, die durch Verträge constituit werden, nirgends eingeführt. Man irrt also offenbar, daß man die Nothwendigkeit der Tradition, die bey dem Eigenthum, so wie bey den Servituten, bey denen sie sich denken läßt, in den Gesetzen vorgeschrieben ist, ganz willkürlich auf alles ius in re ausgedehnt hat⁸⁹⁾. Es läßt sich indessen gar wohl behaupten, daß durch den Vertrag, und die vermöge desselben geschehene Unterlassung auch der Besitz des iuris prohibendi oder der negativen Servitut auf den Berechtigten übergehe. Denn wenn sich Jemand z. B. servitutem altius non tollendi constituitren läßt, so baut der Constituent von diesem Augenblick an nicht

C 3

mehr

87) C. v. Savigny a. a. O. S. 433. f.

88) G. Thibaut über Besitz und Verjährung 1. Th. §. 16. und Heislers Prüfung des gemeinen Sages, daß die verneinenden Dienstbarkeiten durch bloße Verträge ohne Uebergabe erlangt werden; in Desselben jurist. Abhandlungen 1. Th. 3. St. (Halle 1783. 4.) §. 14 — 16.

89) C. v. Savigny a. a. O. §. 46. S. 434. Not. 2.

gen der große Vinnius⁸³⁾ mit allem Recht erinnert hat, er habe nie etwas gehört, *quod a ratione et auctoritate iuris magis abhorreat*. In dem letztern Falle hingegen, da affirmative Dienstbarkeiten mit dem Besitz des dienstbaren Grundstücks in unmittelbarer Verbindung stehen, geschlehe die Tradition durch dieselbe Handlung, durch welche der Besitz der Sache erworben wird⁸⁴⁾. Da nun diese Servituten immer in einer fortdauernden Anstalt bestehen, durch deren Daseyn das Recht wirklich ausgeübt wird, so hängt nun die Erwerbung derselben davon ab, daß diese Anstalt, z. B. bey der servitute tigni immittendi die immissio, wirklich Statt finde⁸⁵⁾. So viel endlich die negativen Dienstbarkeiten anbetrifft, vermöge deren man von dem Eigenthümer eines Grundstücks fordern kann, daß er etwas unterlasse, was er sonst als Eigenthümer zu thun berechtiget wäre, so nehmen die meisten Rechtsgelehrten ganz richtig an, daß diese Rechte ohne alle Uebergabe, durch bloßen Vertrag, erworben werden können⁸⁶⁾. Denn da hier keine Form bestimmt ist, und doch diese Rechte selbst in den Gesetzen anerkannt sind, so müssen sie auch ohne alle Form erworben werden können,

83) Commentar. ad §. 4. I. de Servitut. nr. 5.

84) L. 11. §. 1. D. de public. in rem act. L. 20. pr. D. de servitut. praed. urban. L. 16. D. Si servit. vindic. Von dieser Art sind die servitutes urbanae. Bey diesen ist die bloße traditio oder patientia hinreichend. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 32. §. 8.

85) C. v. Savigny a. a. D. C. 433.

86) C. Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 352. und Weber zu Höpfner Not. (*) C. 366.

nen, wenn nur der Eigenthümer in ihren Erwerb einwilliget⁸⁷⁾. Einige⁸⁸⁾ behaupten zwar, daß auch hier eine iuris quasi traditio nöthig sey, welche darin bestehen soll, daß derjenige, gegen den das negative Recht geltend gemacht werden soll, ein factum contrarium, freylich nur zum Schein, vornehme, und sich dann bey dem erfolgten Widerspruche des Andern beruhige; oder es müsse wenigstens dem Contract eine Clausel beygefügt werden, wodurch für die Zukunft gegen alle der Servitut entgegenstehende Handlungen ein für allemal protestirt wird. Allein die Gesetze haben eine solche Formalität bey Erwerbung negativer Servituten, die durch Verträge constituit werden, nirgends eingeführt. Man irrt also offenbar, daß man die Nothwendigkeit der Tradition, die bey dem Eigenthum, so wie bey den Servituten, bey denen sie sich denken läßt, in den Gesetzen vorgeschrieben ist, ganz willkürlich auf alles ius in re ausgedehnt hat⁸⁹⁾. Es läßt sich indessen gar wohl behaupten, daß durch den Vertrag, und die vermöge desselben geschehene Unterlassung auch der Besitz des iuris prohibendi oder der negativen Servitut auf den Berechtigten übergehe. Denn wenn sich Jemand z. B. servitutem altius non tollendi constituiren läßt, so baut der Constituent von diesem Augenblick an nicht

C 3

mehr

87) C. v. Savigny a. a. O. S. 433. f.

88) G. Thibaut über Besitz und Verjährung 1. Th. §. 16. und Heislers Prüfung des gemeinen Sages, daß die verneinenden Dienstbarkeiten durch bloße Verträge ohne Uebergabe erlangt werden; in Desselben jurist. Abhandlungen 1. Th. 3. St. (Halle 1783. 4.) §. 14—16.

89) C. v. Savigny a. a. O. §. 46. S. 434. Not. 2.

mehr höher, und leidet diese Einschränkung. Der Erwerber aber fängt zugleich an, diese Bequemlichkeit, daß der andere nicht mehr höher bauen darf, zu genießen⁹⁰⁾.

Noch ist zu bemerken, daß man sich auch beim Verkauf eines Grundstücks eine Servitut vorbehalten kann⁹¹⁾; ja es wird zuweilen eine Servitut als stillschweigend constituit angenommen, nämlich wenn ein Eigenthümer mehrere Grundstücke hatte, das eine zum Vortheil des andern benutzte, und nun das eine Grundstück veräußert. Ist in diesem Falle die bisher statt gehabte Benutzung zur Erhaltung des veräußerten Grundstücks wesentlich nothwendig, so kann der Erwerber desselben die Benutzung, als Dienstbarkeit, fortsetzen⁹²⁾.

Eine

90) C. 10. Andr. FROMMAN: Diss. de fidei s. quasi traditione, (Tubingae 1662.) Th. 32. und Weber zu Höpfners Commentar d. 352. Not. (*) C. 366.

91) L. 3. D. Commun. praediar. Duorum praediorum dominus si alterum ea lege tibi dederit, ut id praedium, quod datur, serviat ei, quod ipse retinet, iure imposita servitus intelligitur. — L. 34. D. de servit. praed. urban. Et qui duas areas habet, alteram tradendo, servam alteri efficere potest. Man sehe auch L. 32. D. de usufr. Der Unterschied, ob eine Servitut durch Vertrag oder durch Vorbehalt constituit wird, besteht darin, daß in dem letztern Falle, nicht so, wie in dem ersten, eine Tradition zur Erwerbung eines dinglichen Rechts erfordert wird. C. WESTPHAL de lib. et serv. praed. §. 822. Not. 732. pag. 561.

92) L. 36. et 37. D. de servitut. praediar. urbanor. Die Worte: Idemque esse, et si duobus aedes cesserint, gehen auf eine Uebertragung unter den Lebendigen, denn vorher war vom Vermächtniß die Rede. C. WESTPHAL §. 541. pag. 338. Man sehe

Eine Servitut kann hiernächst auch

2) durch eine letzte Willensverordnung von dem Eigenthümer bestellt werden. Nach den Gesetzen der Pandecten kam es hier auf die Formel des Legats an, ob nämlich die Servitut *per vindicationem*, d. i. mit der Formel: DO, LEGO, SUMITQ, CAPITO, HABETO; oder *per damnationem*, d. i. mit der Formel: HERES MEUS DAMNAS ESTO DARE TITIO USUMFRUCTUM; oder *sinendi modo*, d. i. mit der Formel: HEREDEM MEUM DAMNO, UT PATIATUR, VICINUM TIGNUM AEDIFICII SUI IN PARIETEM IMMITTERE, oder HERES MEUS PATIATUR, VICINUM PER FUNDUM SUUM IRE, AGERE, AQUAMVE EX EO DUCERE, war vermacht worden. Nur im ersten Falle erwarb der Legatar die ihm vermachte Servitut ipso iure, ohne daß eine weitere Tradition oder Cession von Seiten des Erben erforderlich war, und er konnte sein Recht gegen jeden mit einer Vindication verfolgen. In den beiden letzten Fällen hingegen ward zur Erwerbung der legirten Servitut eine traditio oder patientia heredis erfordert, und dem Legatar stand nur die *actio personalis ex testamento* gegen den Erben zu⁹³⁾. Auf dies

§ 4

sen

sehe auch L. 47. D. de damno infecto. HERT Diss. de servitute facto constituta. in RIUS *Commentat. atque Opusc.* Vol. I. Tom. III. pag. 122. seqq. HAUBOLD ad *Bergeri Oeconom. iuris* Tom. I. Lib. II. Tit. 3. Th. I. not. a. pag. 321. und THIBAUT *Syst. des P. R.* 2. B. §. 621. §. 58.

93) PAULUS *Sentent. Receptar.* Lib. III, Tit. 6. §. 17. *Ususfructus uniuscuiusque rei legari potest; et aut ipso iure constituetur, aut per heredem praestabitur. Ex causa quidem damnationis per heredem praestabitur; ipso autem iure per vindicationem.*

§. Ian.

sen Unterschied beziehen sich folgende Stellen der Pandecten.

L. 19. §. 1. D. *Quem. servit. amitt.* "Si per fundum meum viam tibi legavero, et adita mea hereditate per constitutum tempus ad amittendam servitutem ignoraveris, eam tibi legatam esse: *amittes viam non utendo*. Quodsi intra idem tempus, antequam rescires tibi legatam servitutem, tuum fundum venderis: *ad emptorem via pertinebit*, si reliquo tempore ea usus fuerit: *quia scilicet tua esse coeperat*, ut iam nec ius repudiandi legatum tibi possit contingere, cum ad te fundus non pertineat. Diese Stelle ist von einem legato servitutis per vindicationem relicto zu verstehen, wie sie auch Johann D'Alvezan⁹⁴⁾ und Westphal⁹⁵⁾ ganz richtig erklären. Ein solches Legat erwarb der Legatar nach dem Tode des Testirers ipso iure, auch ohne es selbst zu wissen⁹⁶⁾; und so gieng es denn nicht nur ipso iure durch Nichtgebrauch verlohren, sondern auch als eine, dem

©. *Ian. a costa* Praelect. ad illustr. quosd. Titulos iuris civ. ad L. 5. D. de Servitut. pag. 34. und VINNIUS in Comm. ad §. 4. I. de Servitut. nr. 3. Diese Stelle beweist, zugleich, daß es irrig ist, wenn WESTPHAL de servitut. praed. §. 820. Not. 729. behauptet, der usufructus habe nur per damnationem vermacht werden können. Daß Gegentheil lehren L. 29. L. 32. pr. und L. 41. D. de usu et usufr. legato. L. 34. §. 14. D. de legat. I. ©. VINNIUS in Comm. ad §. 1. I. de usufr. nr. 2.

94) Servitutum lib. P. IV. bey MEERMAN T. IV. pag. 172.

95) De libert. et servit. praedior. §. 901. Not. 796.

96) L. 80. D. de legat. II. L. 64. D. de furt. - L. 77. §. 3. D. de legat. II.

dem Grundstück des legatars ipso iure erworbene Servitut, auf den unwissenden Käufer desselben über.

L. 3. pr. D. de usufr. Omnium praediorum, iure legati, potest constitui usufructus, ut heres iubeatur, dare alicui usufructum. Dare autem intelligitur, si induxerit in fundum legatarium, eumve patiatur uti frui.

L. 2. D. Si usufruct. petetur. Si ab herede ex testamento fundi usufructus petitus sit, qui arbores deiecisset, aut aedificium demolitus esset; aut aliquo modo deteriore usufructum fecisset, aut servitutes imponendo, aut vicinorum praedia liberando; ad iudicis religionem pertinet, ut inspiciat, qualis ante iudicium acceptum fundus fuerit, ut usufructuario hoc, quod interest, ab eo servetur.

Beide Stellen reden von einem usufructu *per damnationem* relicto. Dies beweisen nicht nur die Worte: *ut heres iubeatur dare etc.*⁹⁷⁾, sondern auch die *actio personalis ex testamento*, davon in der *L. 2.* die Rede ist⁹⁸⁾. Ein solches Legat hatte also das Eigenthümliche, daß zum Erwerb des dinglichen Rechts ein *factum*, oder eine *patientia* von Seiten des Erben erforderlich war, wodurch

97) ULP. *Fragm. Tit. XXIV. Per damnationem his verbis legamus: heres meus damnas esto dare: dato, facito, heredem meum dare iubeo.*

98) THEOPHILUS *Paraphr. gr. Institut. Iustin. Lib. II. Tit. I. §. 2.* sagt: *Damnationis verba sunt: Damno te heres, dare illi solidos C. Hinc nascebatur legatario adversus heredem actio personalis, quae dicebatur ex testamento.*

wodurch der Legatar den Besitz der Sache, oder die Quasipossession erhielt. Bei Grundstücken, wovon die L. 3. redet, konnte die Tradition durch Einführung des Legatars in das Grundstück, oder dadurch geschehen, daß der Erbe den fructuarius selbst Besitz nehmen ließ, vorausgesetzt, daß dieses alles in bestimmter Beziehung auf den ususfructus geschahe. Merkwürdig ist es, daß bei diesem Legat dem Erben erlaubt war, vor der Uebergabe dem nutznießlichen Grundstück Dienstbarkeiten aufzulegen. Denn hier wurde der Erbe noch für den völligen Eigenthümer gehalten, weil erst durch die Uebergabe das dominium ususfructus auf den Legatar übergieng. Es erloschen auch nachher die einmal aufgelegten Dienstbarkeiten nicht, sondern waren sie dem Rechte des Usufructuars nachtheilig, so konnte letzter gegen den Erben blos auf das Interesse klagen⁹⁹⁾.

Nach dem angegebenen Unterschiede sind ferner zu vereinigen:

L. 9. D. de Servitut. Si cui simpliciter via per fundum cuiuspiam cedatur, vel relinquatur, in infinito (videlicet per quamlibet eius partem) ita agere licebit, civiliter modo.

L. 26. D. de Servitut. praed. rusticor. Si via, iter, actus, aquaeductus legetur simpliciter per fundum: facultas est heredi, per quam partem fundi velit constituere servitutem: si modo nulla captio legatario in servitute sit.

Denn,

99) Man vergleiche hier vorzüglich GALVANUS de Usufructu, Cap. XXXV, §. 5. pag. 522. seqq. edit. Tubing.

Denn, wie Merillius ¹⁰⁰⁾ und Westphal ¹⁾ ganz richtig bemerken, so redet die erste Stelle von einem legato per vindicationem, und die letztere von einem legato per damnationem relicto.

Justinian hat jedoch in der bekannten L. 1. Cod. Commun. de legat. den Unterschied der Formeln bey Vermächtnissen aufgehoben, und verordnet, daß alle Vermächtnisse, sie mögen hinterlassen seyn, mit welchen Worten sie wollen, von gleicher Natur und Wirkung seyn sollen. Nach dieser neuen Constitution wird also nun eine durch ein Legat constituirte Servitut ohne Unterschied, wie sie vermacht worden ist, ipso iure erworben, sie sey eine persönliche oder dingliche, und es hängt ganz von der Willkühr des Legatars ab, ob er sich deshalb einer Vindication oder der persönlichen Testamentsklage gegen den Erben bedienen wolle ²⁾. Der bloße Wille des Verstorbenen ist schon zur Erwerbung des dinglichen Dienstbarkeitsrechts hinreichend, ohne daß von Seiten des Erben eine traditio oder patientia erfordert wird ³⁾. Hier entsteht nun aber freylich eine nicht geringe Schwierigkeit. Justinian hatte doch die Verordnung von der Exauration der Vermächtnisse schon vor den Pandecten gegeben,

100) Commentar, ad §. 4. I. de legat. Man sehe auch ROTHIER Pandect, Justin, Tom. I, Lib. VIII, Tit. 3, Num. VIII, p. 267.

1) Cit. lib. §. 548. Not. d. pag. 349.

2) S. Jan. a costa Praelect, cit. pag. 34 und Jo. D'AVEZAN cit. libr. P. IV. pag. 172.

3) S. VINNII Comm. ad §. 4. I. de Servitut. nr. 3.

ben⁴⁾), und doch wurden Stellen in die letzteren aufgenommen, die jenen Unterschied des ältern Rechts zum Grunde hatten? Vinnius⁵⁾ sagt: *Quodsi qua adhuc veteris discriminis vestigia in libris nostris tibi occurrent, scito, TRIBONIANUM haec per incariam reliquisse, qui dum responsa Iurisconsultorum ad constitutionem IUSTINIANI accommodare studuit, verba quidem haec, per vindicationem, aut damnationem, ubique sustulit; rem autem ipsam et effectum reliquit.* Allein dies heißt den Knoten zerhauen, statt ihn aufzulösen. Richtiger scheint mir Galvanus⁶⁾ die Sache anzusehen, wenn er sagt: *Imperator in d. L. I. C. Commun. de leg. ita sustulit differentias verborum, ut conservaverit differentias voluntatum: id est constituit, ut nullum legatum videatur conceptum verbis potius vindicationis, quam damnationis, sed tamen permisit, ut quisque suis legatis illum effectum praescriberet, quem vellet. Igitur fragmenta iuris auctorum, quibus agebatur de legatis per vindicationem ac per damnationem, et quae hodie inserta leguntur in compilatione IUSTINIANEA, ita propter varietates Iurisprudentiae Romanae sunt distinguenda, ut relata ad VETERES AUCTORES aestimentur magis a verborum formulis, quam a voluntatibus testatorum; relata vero ad IUSTINIANUM aestimentur potius a voluntatis dispositione, quam formulae conceptione.*

Uebers.

4) *L. I. C. Commun. de legat.* ist vom Jahr 529. und Justinian gedenkt dieser Verordnung auch schon in seinen Institutionen §. 2. I. *de legat.*

5) *Commentar. ad §. 2. I. de legat. nr. 2.*

6) *De Usufuctu Cap. XXXV. pag. 524. edit. Tubing.*

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß eine Servitut auch stillschweigend vermacht werden kann, welches alsdann der Fall ist, wenn die legitime Sache ohne die Servitut gar nicht zu gebrauchen seyn würde⁷⁾. Auf solche Art können nicht nur persönliche, sondern auch dingliche Servituten stillschweigend legitimirt werden. Von beyden finden wir Beispiele in den Gesetzen.

L. 15. §. 1. D. de usu et usufr. leg. Qui duos fundos habebat, unum legavit, et alterius fundi usumfructum alii legavit. Quaero, si fructuarius ad fundum aliunde viam non habeat, quam per illum fundum, qui legatus est: an fructuario servitus debeat? Respondit, *quemadmodum si in hereditate esset fundus, per quem fructuario potest praestari via, SECUNDUM VOLUNTATEM DEFUNCTI videtur id exigere ab herede: ita et in hac specie non aliter concedendum esse legatario fundum vindicare, nisi prius ius transeundi usufructuario praestet: ut haec forma in agris servetur, quae vivo testatore obtinuerit, sive donec ususfructus permanet, sive dum ad suam proprietatem redierit.*

L. 44. §. 9. D. de legat. I. Si duos fundos habens testator, alterius mihi usumfructum, alterum Titio leget, aditum mihi legatarius non debebit; *sed heres cogitur redimere aditum et praestare.*

L. 10. D. de Servitut. praed. urb. Gaurus Marcello. Binas aedes habeo, alteras tibi lego; heres aedes

7) *G. Gabr. Christ. Ant. HAUPT* Diss. de legato servitutis tacito, praef. *Car. Frid. WALCHIO* def. Ienae 1796. 4.

aedes alteras altius tollit, et luminibus tuis officit: quid cum illo agere potes? et an interesse putes, suas aedes altius tollat, an hereditarias? et de illo quaero, an per alienas aedes accessum haeres ad eam rem, quae legatur, praestare debet: sicut solet quaeri, cum ususfructus loci legatus est, ad quem locum accedi, nisi per alienum, non potest. MARCELLUS respondit: Qui binas aedes habebat, si alteras legavit, *non dubium est, quin haeres [alias] possit altius tollendo obscurare lumina legatarum aedium*. Idem dicendum est, si alteri aedes, alteri aliarum ususfructum legaverit⁸⁾. Non autem semper simile est itineris argumentum, quia sine accessu nullum est fructus legatum: habitare autem potest, et aedibus obscuratis. Caeterum⁹⁾ usufructu loci legato, etiam accessus dandus est, quia, et huiusmodi relicto, iter quoque ad hauriendum praestaretur. Sed ita officere luminibus, et obscurare legatas aedes conceditur, ut non penitus lumen recludatur, sed tantum relinquatur, quantum sufficit habitantibus in usus diurni moderatione¹⁰⁾.

L. 81.

8) CUJACIUS Observat. Lib. I. cap. 7. will hier lesen: *Idem dicendum est, si alternarum aedium usufructum legavit*; allein ohne hinreichenden Grund, wie Iac. CONSTANTINAEUS Subtil. Enodation. Lib. II. cap. 20. (in Ev. OTTONIS Thes. Iur. Rom. Tom. IV. pag. 592.) und Em. MERILLIUS Varlant. ex Cujacio Lib. III. cap. 5. gegen Cujac gezeigt haben.

9) Caeterum ist hier so viel als nimirum. C. WESTPHAL cit. lib. §. 815. not. a. in fin. pag. 555.

10) Hiermit stimmt auch L. 30. D. de usufr. überein.

L. 81. §. 3. D. de legat. I. Qui fundum, excepto aedificio, legat, appellatione aedificii aut superficiem significat, aut solum quoque, cui aedificium superpositum est. Si de sola superficie¹¹⁾ exceperit, nihilominus iure legati totus fundus vindicabitur: sed exceptione doli mali posita, consequetur heres id, ut sibi habitare in villa liceat, in quo inerit¹²⁾, ut iter quoque et actum in ea habeat. Si vero solum quoque exceptum fuerit, fundus, excepta villa, vindicari debet, et servitus ipso iure villae debetur, non secus, ac si duorum fundorum dominus alterum legaverit, ita ut alteri serviret. Sed inclinandum est, testatorem etiam de solo cogitasse, sine quo aedificium stare non potest¹³⁾.

L. 20. pr. D. Si servit. vind. Testatrix fundo, quem legaverat, casus iunctas habuit: quaesitum est, si hae fundo legato non cederent, eumque legatarius vindicasset, an ille fundus aliquam servitutem casus debe-

11) So ist statt: de soli superficie, wie die gewöhnliche Lesart lautet, mit Haloander, *Pet. ab AREA BAUDOZA CESTIUS* und *Brentmann* zu lesen.

12) Die Worte: *in quo inerit*, deuten klar auf ein legatum tacitum. Das Wort *in esse* war hier der gewöhnliche Ausdruck, wie viele Stellen beweisen. *L. 12. §. 41. L. 18. §. 1. D. de instructu vel instrum. leg. L. 4. D. de annuis leg. L. 1. §. 14. D. Ut legator. L. 1. pr. L. 99. D. de condit. et demonstrat. n. a. m. Vid. BRISSONIUS de Verbor. Signif. v. Inesse.*

13) Daß auch dem Erben selbst ein Legat hinterlassen werden kann, wenn es ihm ein Anderer prästiren muß, hat keinen Zweifel.

deberet: aut si ex fideicommissi causa eum sibi dare legatarius desideraret, heredes servitutem aliquam casis excipere deberent? Respondit, deberi ¹⁴⁾.

L. I. §. I — 4. D. Si ususfr. petet. Ususfructus legatus adminiculis eget, sine quibus uti frui quis non potest. Et ideo, si ususfructus legetur, necesse est tamen, ut sequatur eum aditus: usque adeo, ut si quis usumfructum loci leget ita, *ne heres cogatur viam praestare*, inutiliter hoc adiectum videatur. Item si, usufructu legato, iter ademtum sit, *inutilis est ademtio*: quia semper sequitur usumfructum. — Sed si usufructus sit legatus, ad quem aditus non est per hereditarium fundum ¹⁵⁾, ex testamento utique agendo fructua-

14) Welche Servitut hier gemeint sey, wird zwar nicht gesagt.

Ohne Zweifel aber bestand sie darin, daß der Legatar nicht nur die dem Erben vorbehaltene casus an seinem Eigenthum leiden, sondern dem Erben auch den Zugang gestatten mußte.

15) Haloander und Pet. ab AREA BAUD. CESTIUS lesen hier: *ad quem aditus non est, nisi per hereditarium fundum*. Allein, wenn gleich die Basiliken Lib. XVI. Tit. 6. Tom. II. p. 284. mit dieser Lesart übereinstimmen, so läßt sie sich dennoch gegen die Auctorität der Florentinischen und anderer bewährter Handschriften nicht annehmen. Denn es ist hier, wie der ganze Zusammenhang lehrt, von zwey Fällen die Rede; erstens von dem, wo dem Legatar zu dem ihm vermachten fundus fructuarius der Zugang anders nicht, als durch ein zur Erbschaft gehöriges Grundstück, offen steht. Zweitens von dem Falle, wo der Legatar zu dem Grundstück, woran ihm der Nießbrauch vermacht worden ist, anders nicht, als über ein zur Erbschaft nicht gehöriges Grundstück des Nachbarn, kommen kann. Mit Recht verwerfen daher jene Lesart Sieg. Reich. JAUCHIUS de Neg-

fructuarius consequetur, ut cum aditu sibi praestetur ususfructus. — Utrum autem aditus tantum et iter, an vero et via debeat fructuario, legato ei usufructu, POMPONIUS lib. V. dubitat. Et recte putat, prout usufructus perceptio desiderat, hoc ei praestandum — Sed an et alias utilitates et servitutes ei heres praestare debeat, puta luminum, et aquarum, an vero non? — Et puto, eas solas praestare compellendum, sine quibus OMNINO uti NON ¹⁶⁾ potest: sed si cum aliquo incommodo utatur, non esse praestandas.

Es ergeben sich aus diesen Stellen folgende Resultate.

I. Nur solche Servituten können als stillschweigend legirt angenommen werden, welche der Gebrauch der vermachten Sache so nothwendig erfordert, daß ohne dieselben die Sache dem Legatar ganz unnütz seyn würde. In diesem Falle versteht sich aber auch die Servitut dergestalt von selbst, daß wenn auch der Testirer ein Anderes ausdrücklich verordnet hätte, dieses, einer unmöglichen Bedingung gleich, als ein unnützer Zusatz angesehen werden muß ¹⁷⁾. Diesem Grundsatz zu Folge, läßt sich daher kein lega-

Negation. Pandectar. pag. 19. und HENR. BRENCMANN in Not. ad L. I. §. 2. cit. Man sehe auch WESTPHAL cit. lib. §. 812. Not. 724. pag. 552.

16) Die Worte: omnino non haben bey den Klassikern und den römischen Juristen einen schlechterdings verneinenden Sinn. E. BRISSONIUS de Verb. Signif. v. Omnino. und besonders IAS. AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. II. cap. 3. nr. 2.

17) L. I. §. 1. et 4. D. Si usufr. pet.

Glücks Erläut. d. Pand. 9. Th.

3

legatum servitutis tacitum annehmen, wenn ohne die Servitut der legatar das ihm vermachte Grundstück nur blos mit weniger Bequemlichkeit oder Nutzen würde gebrauchen können, gesetzt auch, daß der Erblasser sich dieser Bequemlichkeit bedient, oder den Nutzen wirklich gezogen hätte; wofern nicht etwa das Grundstück in der Maaße wäre legirt worden, wie es der Erblasser selbst besessen und gebraucht hat. *3. B. Villam meam ita, ut ipse possedit, lego* ¹⁸⁾).

II. Stillschweigend kann eine Servitut entweder dem Erben selbst, oder einem Dritten legirt werden, nämlich dem der Fundus vermacht ist, welcher ohne die Servitut nicht gebraucht werden kann. Ersteres geschieht, wenn von dem einem Dritten legirten Fundus ein Theil zu Gunsten des Erben ausgenommen ist, der Erbe aber diesen Theil durchaus nicht nutzen kann, wenn ihm nicht der legatar auf dem vermachten Grundstück eine Servitut einräumt ¹⁹⁾).

III. Das Grundstück, welches nach der stillschweigenden Willenserklärung des Erblassers dem legirten Gute dienen soll, kann entweder ein zur Erbschaft gehöriges, oder ein Grundstück des Erben, oder ein fremdes seyn, welches einem Dritten gehört. Daß sich der Erbe auf seiner eigenen Sache die Servitut gefallen lassen muß, hat keinen Zweifel. Ein Beispiel ist in den angeführten Gesetzen

18) Eine solche Formel kommt L. 18. §. 13. D. de instructu vel instrum. leg. vor. Man sehe auch Barn. BRISSONIUS de formulis et solemn. Pop. Rom. verbis. Lib. VII. cap. 82.

19) L. 81. §. 3. D. de legat. I. L. 20. pr. D. Si servit. vindic.

stellen vorgekommen. Es war der Fall, den Gaurus dem Marcellus zur gütlichen Entscheidung vorlegte ²⁰). Ich habe zwey Häuser, von diesen vermache ich das eine dem Cajus. Mein Erbe benimmt dem Legatar durch vorgenommenen Ueberbau das Licht. Kann der Legatar deshalb klagen? und kommt es etwa darauf an, ob der Erbe sein eignes Haus, oder ein erbchaftliches höher baut? Marcellus entscheidet den Fall dahin. Das Höherbauen sey dem Erben nicht verwehrt, wenn gleich dadurch die Fenster des legirten Hauses verdunkelt würden. Denn man kann auch in einem dunkeln Hause wohnen. Nur darf freylich durch das Bauen dem legirten Hause nicht alles Licht genommen werden, weil die *servitus ne luminibus officiatur* dem Legatar insofern stillschweigend mit vermachet ist, daß ihm das nöthige Licht nicht genommen werden darf, um bey Tage in dem Hause sehen zu können. Hier ist kein Unterschied, das Haus, welches der Erbe höher bauen will, sey ein erbchaftliches oder sein eigenes ²¹).

In dem oben angegebenen dritten Falle gilt eben das, was bey dem Vermächtniß einer fremden Sache Rechts ist. Der Erbe muß dem Legatar, dem die *Servitut* stillschweigend an einer fremden Sache vermacht ist, diese Dienstbarkeit, und zwar auf seine Kosten, von dem Eigenthümer zu verschaffen suchen. Sollte dieser aber zur Einräumung derselben nicht zu bewegen seyn, denn zwingen kann

§ 2

kann

20) L. 10. D. de *Servitut. praedior. urbanor.*

21) C. WESTPHAL §. 815. not. 2. pag. 555.

Kann ihn dazu Niemand, so bleibt nun nichts übrig, als daß der Erbe den Werth des Legats vergüte²²⁾.

IV. Die Rechtsmittel, welche dem Legatar wegen einer solchen Servitut zustehen, um zur Ausübung derselben zu gelangen, sind nach Maasgebung der angeführten Gesekstellen sehr verschieden.

1) Ist die Servitut dem Erben selbst vermacht, so kann er sich, wenn er das Grundstück noch besitzt, dem die Servitut aufzulegen ist, der *exceptio doli mali* bedienen, wenn es der Legatar vindicirt, und er kann es so lange retiniren, bis der Legatar die Servitut anerkannt hat²³⁾.

2) Ist die Servitut einem Dritten vermacht, und der Erbe besitzt das Grundstück nicht, dem die Dienstbarkeit aufzulegen ist, so steht dem Legatar keine andere Klage, als

22) *L. 11. §. 17. D. de legat. III.* Ger. NOODT de *Usufructu Lib. I. cap. 8. Operum Tom. I. pag. 411.* meint jedoch, der Erbe müsse dem Legatar die Servitut auf jeden Fall verschaffen, wenn auch gleich der Dritte die Servitut auch nicht einmal für Geld constituiren wollte. Denn es sey hier der Fall einer *servitutis necessariae*, zu deren Bestellung jeder Eigenthümer gegen ein billiges Aequivalent vom Richter genöthiget werden könne. Er glaubt, dieser Sinn liege in den Worten der *L. 1. §. 2. D. Si ususfr. petet. Si usufructus sit legatus, ad quem aditus non est per hereditarium fundum, ex testamento utique agendo fructuarius consequetur, ut cum aditu sibi praestetur usufructus.* Allein aus dieser Stelle läßt sich nicht die Bestellung einer *Servitus necessaria* erweisen, wie ich in der Folge §. 628. zeigen werde. Man sehe auch HAUPT in *Diff. cit. §. 14.*

23) *L. 81. §. 3. D. de legat. I.*

als die *actio personalis ex testamento* zu woben das Gesuch dahin zu richten ist, daß der Erbe angehalten werde, die Servitut von dem Eigentümer des benachbarten Grundstücks zu kaufen und solche dem Kläger zu verschaffen²⁴⁾. Außerdem kann sich

3) der Legatar auch einer *Vindication*, nämlich der *actio confessoria*, bedienen²⁵⁾. Ist die stillschweigend vermachte Dienstbarkeit eine dingliche, so hat dieses gar keinen Zweifel. Nur wenn die Servitut eine persönliche ist, war ein Streit zwischen den Sabinianern und Proculianern, ob eine *Vindication* Statt habe. *Marcellus* läugnete nach der Meinung des *Labeo* und *Nerpa* gegen *Julian*, daß derjenige, welchem der Nießbrauch vermacht worden, sich einer *Vindication* bedienen könne, um die Servitut zu erhalten, die ihm zur Ausübung des Nießbrauchs unumgänglich nöthig ist²⁶⁾. Diese Meinung

§ 3

hatte

24) *L. 1. §. 2. D. Si usufr. petet. L. 44. §. 9. D. de legat. I.* Man sehe hier vorzüglich *WESTPHAL cit. libr. §. 812. Not. 724. pag. 552.*

25) *L. 1. D. Si servit. vindic. Viam ad sepulchrum possimus vindicare. Add. L. 2. §. 1. et 2. D. eodem. Conf. Io. WUNDERLICH de usu inscriptionum Rom. vet. maxime sepulchralium in iure lib. sing. (Quedlinburgi 1750. 4.) Obl. 3. §. 3. pag. 115. und WESTPHAL §. 975. not. 852. pag. 690.*

26) *L. 1. pr. D. Si usufruct. petet. Si fundo fructuario servitus debeatur, MARCELLUS lib. 8. apud IULIANUM, LABEONIS et NERVAE sententiam probat, existimantium, servitutem quidem eam vindicare non posse, verum usufructum vindicaturum: ac per hoc viduum, si non patitur eam ire et agere, teneri ei, quasi non patitur uti frui. Paulus sagt zwar hier nicht, worin eigentlich *Julians* Meinung bestanden habe; allein daß*

hatte auch Grund. Denn Niemand kann eine Servitut vindiciren, der nicht Eigenthümer des Grundstücks ist, dem nach der Behauptung des Klägers die Dienstbarkeit zustehen soll²⁷⁾. Oben deswegen, weil der Usfructuar nicht Eigenthümer ist, kann auch der Zugang, dessen er über das benachbarte Grundstück zur Ausübung des Nießbrauchs benötigt ist, nicht als eine dingliche Servitut angesehen werden.

daß sie von der Meinung des Labeo und Nerva abweichend gewesen seyn müsse, ist schon darum keinem Zweifel unterworfen, weil Marcellus Noten zu Julian nichts als Tadel und verwerfende Mißbilligung seiner Meinungen enthielten, wie WESTPHAL cit. lib. 9. 639. not. 2. pag. 421. sehr richtig bemerkt hat. Vergleichen wir nun damit noch eine Stelle Ulpian's L. un. §. 4. D. de remiss. wo dieser Rechtsgelehrte ausdrücklich sagt: Item IULIANO placet, fructuario vindicandarum servitutum ius esse, so weiß ich wahrlich nicht, wie HAUPT in Diss. cit. de legato servitutis tacito §. 17. dem gelehrten Westphal hat zum Vorwurf machen können, er nehme hier etwas für gewiß an, was doch nur höchstens wahrscheinlich sey. Vergleichlich sucht indessen Val. Guil. FORSTER de iuris interpretatione Lib. I. cap. 5. nr. 21. (bey Ev. OTTO in Thes. iur. Rom. Tom. II. pag. 982.) die L. 1. pr. D. Si usufr. pet. mit L. un. §. 4. D. de remiss. zu vereinigen, da es unläugbar ist, daß die Sabinianer, zu denen Julian gehörte, und die Proculianer, an welche sich Marcellus anschloß, hierüber ganz verschiedener Meinung gewesen sind. Mit Recht behaupten vielmehr CUIACIUS Observat. Lib. I. cap. 16. HOTOMANUS Amicabil. Respons. Lib. II. cap. 16. und Iul. PACIUS EVANTIOPAR. f. Legg. conciliatar. Centur. VII. Qu. 19. daß Ulpian L. un. §. 4. cit. Julian's Meinung bloß historisch angeführt habe, ohne sie zu billigen.

27) L. 2. §. 1. D. Si servit. vindicet.

werden. Recte NERATIUS scribit, sagt Ulpian²⁹⁾, si
 medi loci usufructus legetur, iter quoque sequi: per
 ea scilicet loca fundi, per quae, qui usumfructum cessit,
 constituerit, quatenus est ad fruendum necessarium.
*Namque sciendum est, iter, quod fruendi gratia fructuario
 praestatur, non esse servitutem; neque enim potest soli
 fructuario servitus deberi: sed si fundo debeatur, et ipse
 fructuarius ea utetur.* Indessen räumte man doch dem
 Usufructuar wegen des ihm vermachten Nießbrauchs eine
 vindication ein. Er muß also mit dem Usufructus auch
 zugleich die ihm dazu nöthige Servitut fordern, und es
 kam folglich nur darauf an, wie die actio confessoria ge-
 faßt wurde. Sagt der Kläger, meinem Grundstück kommt
 der Zugang oder die Durchfarth über des Beklagten Grund-
 stück zu, ich bitte also den Beklagten zu verurtheilen, daß
 er die Servitut leide, so ist die Klage ganz unstatthaft,
 weil der Usufructuar nicht Eigenthümer des Grundstücks
 ist, zu welchem ihm der Beklagte den Zugang über sein
 Grundstück einräumen soll. Er muß also vielmehr so kla-
 gen. „Mir ist der Nießbrauch an einem Grundstück des
 verstorbenen Titius vermacht. Mir gebührt also auch den
 Rechten nach der Zugang zu diesem Grundstück, ohne wel-
 chen mir das ganze Legat sonst völlig unnütz seyn würde.
 Allein der Erbe will mir diesen Zugang über sein Grund-
 stück nicht gestatten, er hindert mich also eben dadurch in
 der Ausübung des Nießbrauchs. Ich bitte demnach zu er-
 kennen, daß mir der geklagte Nießbrauch zustehe, und dem
 Beklagten alle Störung untersagt, folglich derselbe ver-
 urtheilt werde, mir zur Ausübung des vermachten Nieß-
 brauchs

29) L. 2. §. 2. D. Si servit. vindicet.

brauchs den Zugang über sein Grundstück ungehindert zu gestatten ²⁹⁾."

§. 627.

II. Entstehung der Dienstbarkeiten ohne Verwilligung des Eigenthümers. 1) Durch Gesetze.

Servituten können nun aber auch II. ohne Zustimmung des Eigenthümers und zwar

1) durch Gesetze aufgelegt werden. Eine solche Dienstbarkeit wird *Servitus legalis* genannt. Hieher gehören alle oben ³⁰⁾ erwähnten gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums, wo der Eigenthümer zum Vortheil eines Andern entweder Etwas leiden muß, oder Etwas nicht thun darf. Ich führe hier noch folgende Fälle an. Zu jenen gehört z. B., daß der Eigenthümer nicht darüber klagen kann, wenn, unbeschadet der Oberfläche seines Grundstücks, ein Anderer darunter Metalle gräbt, sofern dieser nur an den Eigenthümer und den Fiscus den fünften Theil für beide abgibt ³¹⁾. Sollte das Grundstück durch Anlegung eines Bergwerks verdorben werden, so muß dem Eigenthümer der Schade nach vorher geschehener gerichtlichen Schätzung vergütet werden, wofern er nicht durch eine ihm freyzubauende Erb-

29) Man sehe hier vorzüglich WESTPHAL. cit. libr. §. 639. not. a.

30) Siehe des 8. Theils 1. Abth. §. 577. S. 73. u. 74.

31) L. 3. C. de metallar. Cuncti, qui per privatorum loca saxorum venam laboriosis effossionibus persequuntur, decimas fisco, decimas etiam domino repraesentent: caetero modo propriis suis desiderii vindicando. Add. L. 6. C. eodem. S. Ant. PARRIS Praelect. in Cod. Lib. XI, Tit. 6.

Erbfuze entschädiget werden kann³²⁾. Zu den letzteren gehören noch vorzüglich die Vorschriften über Beschränkung der Baufreiheit, wonach z. B. Gebäude nicht zum Einreisen verkauft³³⁾, Zierrathe derselben nicht weggenommen werden sollen³⁴⁾, der nöthige Luftzug auf der Dachsanne des Nachbarn nicht verbauet werden darf³⁵⁾, u. d. m.³⁶⁾. Besonders aber verdienen hier die Fälle eines gesetzlichen Nießbrauchs erwähnt zu werden. Die Gesetze geben nämlich den Nießbrauch

a) dem Vater, und zwar

aa) an den Adventizien der Kinder, nicht nur, so lange sie in väterlicher Gewalt sind, sondern auch noch gewissermaßen nach Aufhebung derselben, nämlich,

aa) wenn die Kinder sterben, und der Vater sie nicht ab intestato beerbt. Hier behält der Vater den Nießbrauch, den er bey Lebzeiten derselben an ihrem Vermögen

32) G. Gottl. Frid. SCHMIDT Diss. de origine ac iuribus societatis metallicae. (Lipsiae 1778.) Cap. II. membr. I. §. 6, pag. 20, Franz Ludw. v. Cancrin Grundsätze des teutschen Berg- und Salzrechts. 1. Abth. §. 73. und vorzüglich H. Hofr. Geigers Abb. von der Verbindlichkeit des Unternehmers eines Bergbaues, dem Eigenthümer der Grundstücke den verursachten Schaden zu ersetzen. (in den merkwürdigen Rechtsfällen und Abhandlungen. 2. B. Nr. 33.)

33) L. 52. D. de contrab. emt. vendit. L. 48. D. de damno. inf.

34) L. 2, 6. et 7. C. de aedif. priv. L. 41, §. 1. seqq. D. de Legat. I. S. WESTPHAL §. 20. et 21.

35) L. ult. §. 1. C. de Servitut.

36) G. F. I. RING Diss. de restricta aedificandi libertate. Giesae 1734.

mögen hatte. 3. B. der während der väterlichen Gewalt verstorbene Sohn hinterläßt eheliche Descendenten, welche den Großvater ausschließen. Justinian hat hier die ältern Gesetze³⁷⁾, in welchen dem Vater der Nießbrauch an den Adventizien seiner Kinder auch noch nach dem Tode derselben zugesichert wird, in der Novelle 118. Kap. 1. ausdrücklich bestätigt³⁸⁾.

bb) Wenn der Vater ein Kind auf desselben Verlangen emancipirt, so gebührt ihm der Nießbrauch von der Hälfte der Adventizien lebenslänglich als eine Belohnung der Emancipation³⁹⁾. Dem Vater gebührt ferner nach Vorschrift der Gesetze der Nießbrauch

ß) an einer Virilportion dessen, was emancipirte Söhne von ihrer Mutter erben⁴⁰⁾.

b) Dem überlebenden Ehegatten geben die Gesetze den Nießbrauch, und zwar

aa) der armen Wittve an dem Erbtheil, den sie ab intestato aus der Verlassenschaft ihres verstorbenen reichen Ehemanns erhält, wenn sie mit ihren eigenen Kindern erbt. Denn hier gehört die Proprietät den Kindern⁴¹⁾.

bb) je

37) L. 1. Cod. de bonis matern. L. 3. L. 4. C. de bonis, quae liberis. L. fin. C. Communia de successioib.

38) S. meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge §. 95. S. 278. folg.

39) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 162. S. 447. b.

40) L. 3. C. de bonis mat. Auch diese Verordnung hat Justinian in der Nov. 118. Kap. 1. bestätigt. S. meine Intestaterbfolge a. a. O. S. 279.

41) Nov. CXVII. cap. 5. S. meine Intestaterbfolge §. 157. und §. 140.

bb) jedem überlebenden Ehegatten, welcher zur zweiten Ehe schreitet, und Kinder aus der ersten Ehe hat, an dem von dem verstorbenen Ehegatten durch Testament, Schenkung oder Ehepacten erhaltenen, oder von einem Kinde der ersten Ehe zugleich mit den übrigen Geschwistern desselben ab intestato geerbten Vermögen, wovon derselbe durch den Uebergang zur zweiten Ehe die Proprietät verlohren hat⁴²⁾.

Nach particulären teutschen Rechten und Statuten kann ein gesellschaftlicher Nießbrauch noch in mehreren Fällen zuständig seyn. Diese geben

1) den Eltern aus mancherley Gründen den Nießbrauch an den Gütern ihrer Kinder, welcher im Allgemeinen den Namen Benefiz oder statutarischer Nießbrauch führt, und auf eigenthümlichen germanischen Instituten beruhet, so daß er weder in Ansehung der Dauer, noch in Rücksicht der übrigen rechtlichen Bestimmungen nach römischem Maasstabe beurtheilt werden darf. Ein solcher Nießbrauch kommt z. B. da, wo das Verfangenschaftsrecht gilt, dem überlebenden Ehegatten lebenslänglich zu⁴³⁾. Außerdem hat nach vielen teutschen Statu-

42) S. meine Intestaterbfolge S. 101.

43) Man versteht nämlich unter dem Verfangenschaftsrechte (*ius devolutionis*) diejenige Einrichtung, vermöge welcher den Kindern nach dem Tode des einen Ehegatten, oder nach einer wiederholten Verheirathung des Überlebenden das unbewegliche Vermögen beyder Eltern, und was demselben gleichgeachtet wird, zum vollkommenen und ausschließlichen Eigenthume anfällt, und der überlebende Ehegatte sich blos mit den beweglichen Gütern und mit dem Nießbrauche der seinen Kindern

Statuten die Mutter den Nießbrauch an dem Vermögen der Kinder, nach dem Tode des Vaters⁴⁴⁾. Sodann geben

2) manche particuläre Rechte dem Ehemann die Verwaltung und Nutznießung an dem ganzen Vermögen seiner Ehefrau, ohne Unterschied, ob es Dotal- oder Paraphernalgüter sind⁴⁵⁾. Man hüte sich aber diese Besondern Einrichtungen für gemeines Recht zu halten; worin viele⁴⁶⁾ sehr geirrt haben.

§. 628.

2) Durch ein richterliches Erkenntniß.

Ohne Zustimmung des Eigenthümers kann eine Dienstbarkeit auch zuweilen 2) durch richterliche Adjudication constituiert werden. Eine solche Dienstbarkeit wird im

dem zugefallenen unbeweglichen Güter begnügen muß. Man sehe Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 7. B. §. 613. Der Grund dieses Rechts ist Erhaltung der unbeweglichen Güter bey der Familie, und ist bloß particulär. S. Scherers Lehre der ehelichen Gütergemeinschaft. I. Th. §. 116. ff.

44) S. den 2. Theil dieses Commentars §. 138. S. 269. Not. 40. und HORACKER Princ. iur. civ. T. I. §. 584 — 587.

45) Z. B. in Sachsen.

46) Z. B. SCHILTER PRAX. IUR. ROM. Exerc. XXXVI. §. 78. LEYER Spec. CCCII. med. IO. MADIAN Princ. iur. Rom. P. III. §. 387. Man sehe dagegen PUFENDORF Observat. iur. univ. T. IV. Obl. 71. WERNER Observat. for. T. I. P. V. Obl. 136. STRUBENS rechtliche Bedenken. 4. Band. Bed. 7. und Böhmers auserlesene Rechtssfälle. I. B. Resp. 36.

im eigentlichen Sinn eine *servitus necessaria* genannt⁴⁷⁾. Zwar sagt Ulpian⁴⁸⁾: *Per sententiam non debet servitus constitui, sed, quae est, declarari.* Allein hier ist von der *actio confessoria* die Rede, welche freylich nicht dazu dient, daß eine Servitut durch die Sentenz des Richters constituiert, sondern darauf geht, daß die dem Kläger zustehende Servitut von dem Beklagten anerkannt werde. Will Jemand, daß ihm gegen den Willen des Eigenthümers eine *servitus necessaria* durch die Sentenz des Richters bestellet werde, so muß er sich einer *Implo-ration (extraordinaria interpellatio)* bedienen, wie Ulpian an einem andern Orte sagt⁴⁹⁾. Da es indessen dem Richter in der Regel nicht erlaubt ist, Jemanden zur Uebernehmung einer Dienstbarkeit auf seinem freyen Eigenthume zu nöthigen, so wird denn freylich immer ein solcher Fall voraussetzen seyn, wo die Gesetze den Richter dazu berechtigen. Zellfeld glaubt, dieser Fall sey vorhanden, wenn Nothwendigkeit oder gemeines Beste die Bestellung einer Dienstbarkeit erheischen. Noch weiter geht Leyer⁵⁰⁾, welcher den Richter für berechtigt hält, eine Servitut zu constituiren, so oft es die Billigkeit erfordert, wenn auch nur dadurch einem weit ausgehenden Prozeß ein Ende

47) Io. Flor. RIVINI *Meditationes de servitute necessaria.* Lipsiae 1734. Christph. Lud. CRELLII *Observationes de servitute necessaria compendii causa praedio vicini imponenda.* Vitembergae 1750. (*Dissertation. et Programm. Crellianor.* Fascic. IX. nr. 75.) und Ge. Steph. WIEBAND *Progr. de servitute necessaria.* Vitemb. 1784.

48) L. 8. §. 4. D. Si servit. vindicet.

49) L. 12. D. de religios. et sumtib. funer.

50) *Meditat. ad Pand.* Vol. II. Specim. CIX. medit. 9.

Ende gemacht werden kann. Allein die Gesetze⁵¹⁾, worauf sich beyde gründen, beweisen ihre Meinung nicht. Sie reden Theils nur von *iudiciis divisoriiis*, theils vom *legato servitutis tacito*. Allein von dem, was bey Theilungsklagen gilt, läßt sich eben so wenig ein allgemeiner Schluß auf jeden andern Nothfall machen, als diejenigen Gesetze hier Anwendung finden, welche von den Fällen einer stillschweigend vermachten Dienstbarkeit reden. Denn letztere beruhet auf dem stillschweigenden Willen des Testirers, von dem sich nicht glauben läßt, daß er ein unnützes Legat habe hinterlassen wollen; dahingegen wird eine *servitus necessaria* gegen den Willen des Eigenthümers constituirte. Wie kann nun wohl hier von einer auf die andere ein günstiger Schluß gemacht werden? In der That, wenn schon jeder Nachbar mit vollkommenem Recht von dem andern eine Servitut da fordern könnte, wo er derselben zum Gebrauche seines Eigenthums benöthiget ist, so würde es der genauen Erörterung nicht bedurft haben, welche die römischen Rechtsgelehrten dem *legato servitutis tacito* zu widmen für nöthig fanden, und wovon in dem vorigen Paragraph gehandelt worden ist. Man wird sich hiervon noch lebhafter überzeugen, wenn man erwägt, daß es, nach den oben angeführten Gesetzen, dem Erben nicht erlaubt ist, durch Höherbauen entweder seines eignen, oder eines erbchaftlichen Hauses, das dem Legatar vermachte Haus ganz zu verdunkeln⁵²⁾. Denn man muß nach der Absicht des Erblassers, der gewiß nicht zugegeben haben

§1) L. 22. §. 3. D. Famil. ercisc. L. 6. §. 1. D. de usufr. L. pen. pr. D. Si serv. vindic. L. 44. §. ult. D. de legat. I.

§2) L. 30. D. h. t. L. 10. D. de servitut. praed. urbanor.

haben wird, daß das Vermächtniß vereitelt werde, annehmen, daß dem Legatar mit dem Hause auch die Servitus, *ne luminibus penitus officiatur*, stillschweigend ertheilt sey, damit ihm das zum Gebrauche des Hauses nöthige Licht nicht genommen werde. Kann aber deswegen jeder andere Nachbar von seinem Nachbar die nämliche Servitut begehren? Ulpian⁵³⁾ lehrt hier gerade das Gegentheil. Er sagt ausdrücklich: *Cum eo, qui tollendo obscurat vicini aedes, quibus non serviat, nulla competit actio*; und an einem andern Orte⁵⁴⁾, wo eben dieser römische Jurist von der Servitude, *ne luminibus officiatur*, handelt, sagt er: *Quodcunque igitur faciat ad luminis impedimentum, prohiberi potest, si servitus DEBEATUR*. Unstreitig irren also diejenigen, welche von einem legato *servitutis tacito* auf die Bestellung einer *servitutis necessariae* argumentiren⁵⁵⁾.

Viele⁵⁶⁾ wollen nun dagegen die richterliche Gewalt in Absicht auf die Bestellung nothwendiger Servituten blos auf die Theilungsklagen beschränken. Es kann auch
nicht

53) L. 9. D. de servitut. praed. urb.

54) L. 15. D. eodem.

55) Man vergleiche hier vorzüglich HAUPT Diff. de legato servitutis tacito, praeside WALCHIO def. Ienae 1796. §. 18—20.

56) Arn. VINNIUS in Comm. ad §. ult. I. de Servitut. princ. Wölfg. Ad. LAUTERBACH in Colleg. th. pract. Pandect. Lib. VIII. Tit. 1. §. 5. Henr. HAHN Observat. theor. pract. ad Wesenbecium Lib. VIII. Tit. 1. Nr. V. Pet. MÜLLER ad Struvium Tom. I. Exercitat. XIII. Th. 30. not. β. pag. 820. Io. Orth. WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Dig. Lib. VII. Tit. 1. §. 18. und HORACKER Princ. iur. civ. T. II. §. 1098.

nicht geläugnet werden, daß hier die Gesetze ganz entscheidend für den Richter sprechen. Hierher gehören folgende Stellen :

L. 6. §. 1. D. h. t. Constituitur adhuc ususfructus, et in iudicio familiae erciscundae, et communi dividundo, si iudex alii proprietatem adiudicaverit, alii usumfructum.

L. 22. §. 3. D. Familiae ercisc. Sed etiam, cum adiudicat, poterit imponere aliquam servitutem, ut alium alii servum faciat ex iis, quos adiudicat: sed si pure alii adiudicaverit fundum, alium adiudicando, amplius servitutem imponere non poterit.

Es ist merkwürdig, was Ulpian hier sagt, daß gleich bei der Vertheilung die Servitut constituit werden müsse. Ist sie da nicht zuerkannt, so kann der Richter nachher dem rein zugetheilten Grundstück keine Dienstbarkeit mehr auflegen, weil der Miterbe, dem es zugetheilt worden ist, bereits ein erworbenes Recht hat, dasselbe frey zu besitzen.

L. 6. §. 10. D. Commun. divid. Officio iudicis etiam talis adiudicatio fieri potest, ut alteri fundum, alteri usumfructum adiudicet.

L. 16. §. 1. D. Famil. ercisc. IULIANUS ait, si alii fundum, alii usumfructum fundi iudex adiudicaverit, non communicari usumfructum.

Durch die Bemerkung, welche hier Julian macht, will er den Unterschied zeigen, ob der Nießbrauch durch richterliche Adjudication oder durch Vermächtniß constituit wird. Denn in dem letzten Falle bekäme der, welchem
das

das Grundstück vermacht worden, zugleich Antheil an dem Nießbrauche des andern Legatars. Dies geschieht aber in dem ersten Falle nicht. Der Grund dieses Unterschiedes ist, weil in dem ersten Falle eine Gemeinschaft des Nießbrauchs dem Zweck der Theilungsflage widerstreiten würde, welcher dahin geht, die Gemeinschaft völlig aufzuheben ⁵⁷⁾.

Allein daß dessen ungeachtet, die Gewalt des Richters nicht bloß auf Theilungsflagen zu beschränken sey, läßt sich aus andern Gesetzen ohne Schwierigkeit erweisen. Hierher gehört die merkwürdige *L. 12. pr. D. de religiosis*, wo Ulpian sagt: *Si quis sepulchrum habeat, viam autem ad sepulchrum non habeat, et a vicino ire prohibeatur: Imperator ANTONINUS cum Patre rescriptit: Iter ad sepulchrum peti precario et concedi solere, ut, quoties non debetur, impetretur ab eo, qui fundum adiunctum habeat. Non tamen hoc Rescriptum, quod impetrandi dat facultatem, etiam actionem civilem inducit: sed extra ordinem interpelletur. Praeses etiam compellere debet, iusto pretio iter ei praestari, ita tamen, ut iudex etiam de oportunitate loci prospiciat, ne vicinus magnum patiatur detrimentum. Grabmäler gehörten bekanntermaßen nach den Religionsbegriffen der alten Römer zu den rebus divini iuris, und waren daher nicht in commercio. Befand sich also bei einem Grundstück eine Grabstätte, so ging sie bei dem Verkauf desselben nicht auf den Käufer über, wenn sie auch nicht ausdrücklich ausgenommen*

57) C. Ios. AVERANII Interpretat. iuris Lib. III. cap. 18. nr. 6. sqq.

men war ⁵⁸⁾). Hatte sich jedoch der Verkäufer die Grabstätte ausdrücklich vorbehalten, so mußte ihm auch der Käufer den Zugang zu derselben gestatten ⁵⁹⁾). Hingegen ohne einen solchen Vorbehalt war der Käufer nach dem strengen Recht nicht verbunden, dem Verkäufer einen Weg über sein Grundstück um der Grabstätte willen einzuräumen ⁶⁰⁾). Wenn nun auch zum Unglück nicht gerade ein öffentlicher Weg dahin führte, so mußte der Verkäufer bittweise von dem Eigenthümer die Erlaubniß zu erhalten suchen, über sein Grundstück gehen zu dürfen, und auf solche Art zur Grabstätte zu kommen. Gab der Eigenthümer dieser Bitte kein Gehör, so konnte sich nun der Verkäufer an den Richter mit seinem Gesuch wenden, und dieser war berechtigt, dem Imploranten, wenn alle Vorstellungen bey dem Im-

ploras

58) PAULUS *Sentent. Receptar.* Lib. I. Tit. 21. §. 7. *Vendito fundo religiosa loca ad emptorem non transeunt, nec in his ius inferre mortuum habet.* S. Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf §. 141.

59) L. 10. D. de religios. sagt: *Videtur enim etiam hoc exceptum inter ementem et vendentem: ut ei per fundum sepulturae causa ire liceret.* Gewöhnlich wurde jedoch in dem Kaufcontract auch ein Weg zur Grabstätte ausbedungen, wie aus L. 5. D. de sepulchra violato erhellet. Die im Falle eines solchen Vorbehalts gewöhnlich gewesenen Formeln finden wir L. 22. und L. 72. §. 1. D. de contrah. emt. S. Ant. SCHULTING in Jurisprud. Antejustin. pag. 263. Not. 21. et 22. und Io. WUNDERLICH de usu inscriptionum Rom. vet. maxime sepulchralium in iure Obs. 3. §. 4, et 5.

60) L. 53. §. 1. D. de act. emti vend. *Si eum fundum vendidisti, in quo sepulchrum habuisti, nec nominatim tibi sepulchrum excepisti, parum habes eo nomine cautum.* PAULUS: *Minime, si modo in sepulchrum iter publicum transit.*

ploraten vergebens gewesen, die verlangte Servitut gegen eine verhältnißmäßige Vergütung zuzusprechen⁶¹⁾. Nur mußte ein solcher Ort dazu gewählt werden, wo der Weg für den Eigenthümer am wenigsten schädlich war. Es fragt sich nun, ob die Kaiser Sever und Antonin, auf deren Rescript Ulpian sich gründet, blos in dem bemerkten Falle, aus religiösen Gründen von der Strenge des Rechts abgewichen sind, oder nicht vielmehr darum, weil es überhaupt in einem solchen Falle gewöhnlich war, eine *servitus necessaria* zu adjudiciren, wo man, ohne einen Weg auf des Nachbars Grundstück zu erhalten, von seinem Eigenthum schlechterdings keinen weiteren Gebrauch zu machen im Stande ist. Wilh. Goes⁶²⁾ und Gerhard Noodt⁶³⁾ behaupten das letztere. Das erstere hingegen Jac. Guthenius⁶⁴⁾ und Thibaut⁶⁵⁾. Für jene Meinung streiten allerdings sehr erhebliche Gründe.

§ 2

Denn

61) Iac. GUTHERIUS de iure manium. Lib. III. cap. 12. pag. 483. (edit. Lips. 1671. 8.) führt aus einer alten Inscription (bey GRUTERUS Corp. Inscript. pag. 611. Inscr. 12.) ein Beyspie von einer solchen Adjudication an, welches so lautet: *Huius monumento iter, aditus, ambitus debetur ex sententia Erotis Aug. I. iudicis a via Campana publica dextrorsus inter maceriem Calamianam et insulam Eucarpianam per latitudinem pedes duo semis usque ad hoc monumentum, et hinc per circuitum totius monumenti usque in via, quae ducit in agro.* Wie iter oder itus, aditus, und ambitus bey Grabstätten unterschieden waren, zeigt WUNDERLICH cit. libr. sing. Obs. 3.

62) Notae in rei agrariae auctores. (Amstelredami 1674.)

63) De usufructu Lib. I. cap. 8.

64) De iure manium Lib. III. cap. 12. pag. 478.

65) Syst. des P. R. 2. B. §. 621. C. 58.

Denn da die Kaiser in ihren Rescripten mehrentheils nach dem gemeinen Recht sprachen und entschieden, so ist es ohnehin schon den Regeln der Auslegung des römischen Rechts gemäß, daß man darin kein neues Recht suchen dürfe, wenn nicht ganz klare Beweise vor Augen liegen, daß sie die Absicht, ein neues Recht dadurch einzuführen, wirklich hatten⁶⁶⁾. Daß diese Regel der Auslegung hier ihre Anwendung finde, erhellet aus den von Ulpian angeführten Worten des Rescripts ganz deutlich, worin die Kaiser sagen: *Iter ad sepulchrum peti precario et concedi solere: ut, quoties non debatur, impetretur ab eo, qui fundum adiunctum habeat.* Daß aber diese Gewohnheit, von welcher die Kaiser sprechen, nicht bloß auf einen Weg zu Grabstätten beschränkt gewesen, sondern den freien Zugang zu den Aeckern und Feldgütern überhaupt betroffen habe, beweist eine von Noode aus Siculus Flaccus⁶⁷⁾ angeführte Stelle, welche folgendermaßen lautet: *Ad omnes autem agros semper iter liberum est. Nam aliquando deficientibus viis vicinalibus per agros alienos iter praestatur. Quae etiam conveniunt precario, uti servitutum praestent his agris, ad quos necesse habent, transmittere pervium. Nam et his verbis comprehenditur: ITA UT OPTIMUS MAXIMUSQUE EST⁶⁸⁾.* Nam et aquarum ductus solent

66) Man sehe PÜTTMANNI Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 14. pag. 108.

67) De conditionibus agrorum pag. 9. seq. (edit. Guil. GORSII Amstelred. 1674. 4.)

68) Die Formel: *UT OPTIMUS MAXIMUSQUE ESSET*, hatte eigentlich nur den juristischen Sinn, daß das Grundstück mit keinen Servituten beschwert sey. Daß aber der Verkäufer dem Käufer

solent per alienos agros hoc iure transmittere. Itaque, ut diximus, viae saepe necessario per alienos agros transeunt: qua non universo populo itinera praestari videntur, sed eis, ad quorum onera, et eis, ad quorum agros per eas vias pervenire necesse est.

Aus diesen Gründen stellt daher die heutige Praxis den Grundsatz auf, daß der Richter befugt sey, auf Bitten des einen Eigenthümers das Grundstück des andern mit einer Dienstbarkeit gegen eine verhältnißmäßige Entschädigung zu beschweren, wenn dem erstern ohne eine solche Servitut sein Eigenthum sonst unnütz seyn würde⁶⁹⁾. Es kann indessen freylich nur der äußerste Nothfall eine solche Adjudication rechtfertigen, wovon sich der Richter durch Ocularinspection zu überzeugen hat. Offenbar gehen daher diejenigen⁷⁰⁾ zu weit, welche bey Aedern,

§ 3

die

Käufer Dienstbarkeiten einräume, wenn solche nicht ausdrücklich ausbedungen waren, war in dieser Clausel nicht enthalten, wie aus *L. 75. D. de evictionib.* erhellet.

69) Io. BRUNNEMANN in Commentar. ad L. fin. Cod. de Servitut. Io. VOET Comment. ad Pand. Lib. VIII. Tit. 3. §. 4. Io. RUD. ENGEL Decis. et Respons. iuris select. P. I. Decis. 536. Ge. AD. STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XIII. §. 30. Io. ULR. de CRAMER Observat. iuris univ. Tom. IV. Obs. 1117. Frid. ES. a PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 240. de CANNGISSER Decision. Hasso-Cassell. T. II. Decis. 241. nr. 3. a WERNHER sel. Observat. for. Tom. I. P. V. Obs. 57. MALBLANC Princ. iur. Rom. P. II. §. 422. u. a. m.

70) Io. Henr. de BERGER Oeconom. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. V. Not. 7. Christph. Lud. CRELL cit. Diff. de servitute necessaria compendii causa praedio vicini imponenda; in *Dissertation. et Programm. Crellianor.* Fascic. IX. pag. 492. und Joh. Christ.

von

Die dergestalt von fremden Grundstücken umgeben sind, daß die Eigenthümer nicht ohne einen großen Umweg, oder nicht ohne große Beschwerclichkeiten auf einem andern Wege zu denselben gelangen können, die Bestellung einer nothwendigen Servitut schon darum für zulässig halten wollen, um einen kürzern oder bequemern Weg zu erhalten. Denn gesetzt, man wollte auch den, an sich doch ganz unrichtigen Schluß, von einem legato servitutis tacito bey der Bestellung einer nothwendigen Servitut gelten lassen, so ist doch oben (§. 81. 1.) schon bemerkt worden, daß um der bloßen Bequemlichkeit, oder um des bloßen Nutzens willen, auch nicht einmal der Erbe dem Legatar zur Einräumung einer Servitut gehalten sey. Nun werden zwar noch verschiedene andere Stellen zur Unterstützung dieser Meinung angeführt, sie beweisen aber eben so wenig. Denn sie reden von ganz andern Fällen. Die eine ist die oben schon aus Ulpian erklärte *L. 12. D. de religiosis*, nach welcher offenbar nur dann der Nachbar zur Uebereignung einer Servitut vom Richter soll genöthiget werden können, wenn der Eigenthümer der Grabstätte durch aus keinen andern Weg, als über das benachbarte Grundstück, nehmen kann. Die andere ist die *L. 3. §. 16. D. de itinere actuque priv.* wo von der Bestellung einer nothwendigen Servitut gar nicht einmal die Rede ist, sondern blos die Frage entschieden wird, ob demjenigen, welchem die *servitus viae* zusteht, nicht bey der Refection des Weges erlaubt sey, eine Brücke anzulegen, welche Ulpian nach der Meinung des Labeo besahend entscheidet, wenn ohne

von Quistorp rechtliche Bemerkungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 2. Th. Bemerk. 67.

ohne eine solche Brücke der Weg sonst nicht zu passiren wäre (si modo sine hoc sc. ponte commeari non possit). Man hat daher in den neuern Zeiten diese Meinung mit Recht verworfen⁷¹⁾.

Hierauf ist bey Bestellung einer nothwendigen Servitut von Gerichtswegen vorzüglich dahin zu sehen, daß nicht nur bey Bestimmung des Places zu einem Wege ein solcher Ort gewählt werde, wo die Durchfahrt dem Eigenthümer am wenigsten schädlich ist; sondern daß auch die Vergütung, die dem Eigenthümer für die Einräumung der Dienstbarkeit zuzuerkennen ist, sowohl den Vortheilen, welche der Erwerber derselben dadurch gewinnt, als dem Nachtheil, den der Eigenthümer dadurch leidet, gemäß sey, und damit im Verhältniß stehe. Dies ist der Sinn der Worte Ulpians, wenn er L. 12. D. de relig. sagt: Praeses compellere debet, iusto pretio iter ei praestari, ita tamen, ut iudex etiam de oportunitate loci prospiciat, ne vicinus magnum patiatur detrimentum.

Ueberhaupt aber darf richterliche Hülfe nie eher eintreten, als wenn im Wege der Güte durchaus nichts auszurichten gewesen ist, und der Eigenthümer weder der freundschaftlichen Bitte des der Servitut benötigten Nachbarn, noch den Vorstellungen des Richters im mindesten Gehör geben

§. 4

geben

71) Man sehe hier vorzüglich WIESAND Progr. de servitute necessaria. Vitemb. 1784. ZACHARIAE lib. Quaestion. (Vit. 1805. 8.) Qu. 19. und HAUPT Diss. de legato servitutis tacito §. 20. Daß auch die Leipziger Juristen Facultät jene Meinung verworfen habe, bemerkt Car. God. von WINCKLER ad Bergeri Oecon. iuris pag. 226. oder nach der neuesten Hauboldischen Ausgabe T. I. pag. 326.

geben wollen. Denn es sind sehr merkwürdige Worte, welche in dem Rescript der Kaiser Sever und Antonin enthalten sind, worauf Ulpian seine Meinung gründet, wenn es nämlich *L. 12. cit.* heißt: *Iter peti PRECARIO et concedi solere, ut, quoties non debetur, impetretur ab eo, qui fundum adiunctum habeat.* Wer also eine solche Servitut, die ihm unentbehrlich ist, von seinem Nachbar verlangt, muß ihn zuvörderst freundschaftlich darum begrüßen, wie man das *precario peti debet* ganz wohl übersetzen kann. Nur dann erst, wenn diese Bitte vergeblich war, kann er sich mit seinem Gesuch, welches jedoch, wie Ulpian sagt, keine *actio civilis*, noch weniger aber die *actio confessoria* seyn darf, wie Herr von Winkler zu Berger⁷²⁾ ganz richtig bemerkt hat, sondern nur eine *imploratio officii iudicis*, oder, wie Ulpian sich ausdrückt, eine *interpellatio extraordinaria* ist, an den Richter wenden, und dessen Hülfe imploriren.

Noch ist zu bemerken, daß zur Erwerbung einer solchen Servitut, welche durch richterliche Adjudication constituiert wird, keine Tradition erfordert wird⁷³⁾. Denn schon die Gesetze der zwölf Tafeln zählten die Adjudication bey den *iudiciis divisiis* zu den bürgerlichen Erwerbungsarten⁷⁴⁾. Häufig wird jedoch eine *servitus necessaria* mit einer *servitus legalis* vermischt, z. B. wenn der Eigentümer

72) Oecon. iur. Lib. II. Tit. 3. Th. V. Not. 6. pag. 226.

73) *L. 22. §. 3. D. Fam. ercisc. L. 6. §. 10. L. 10. §. 1. L. 18. D. Comm. divid.* S. WESTPHAL cit. lib. §. 871.

74) *ULPIANI Fragm. Tit. 19. §. 16.* bey Ant. SCHULTING in *Iurisprud. Antejust.* pag. 625.

thümer den natürlichen Abfluß des Wassers von dem höher liegenden Lande seines Nachbarn leiden⁷⁵⁾, oder am Ufer eines schiffbaren Flusses einen Weg zum Schiffsziehen auf seinem Grundstück einräumen muß⁷⁶⁾. Allein in solchen Fällen, wo das Gesetz selbst die Servitut auslegt, bedarf es keiner richterlichen Adjudication.

§. 629.

3) Durch Verjährung. Geschichte und Erfordernisse der Verjährung bey Dienstbarkeiten.

Einseitig werden Servituten endlich 3) auch durch Verjährung erworben⁷⁷⁾. Was diese aber für eine Art der Verjährung sey, ob sie ein von der Usucapion und prätorischen Präscription unterschiedenes blos nach dem Beispiel der letztern eingeführtes eigenes *ius longae usurpationis* sey, wie Marc. Aurel. Galvanus⁷⁸⁾ meint, dem auch Hofacker⁷⁹⁾ und Malblanc⁸⁰⁾ beypflichten; oder ob sie nicht vielmehr für eine wahre Verjährung zu halten

75) L. 1. §. 23. D. de aqua et aquae plu. arc. act. S. die gemeinnützigen jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle von Gmelin und Elsässer. 2 B. Nr. III.

76) S. Christ. Gottl. BIENERI Diss. de semita nautarum in ripis fluminum navigatorum, Leinpfad vulgo appellata. Lipsiae 1787.

77) Man vergleiche hier vorzüglich Ev. OTTONIS Diss. de Usucapione servitutum. in Eius Collect. Dissertationum. Trajecti ad Rhen. 1728. und Car. Guil. WALCH Diss. de praescriptione servitutum constitutiva. Ienae 1797.

78) De Usufructu. Cap. XII.

79) Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1099.

80) Princip. iuris Rom. P. II. §. 421.

halten sey, welche nach dem Unterschied der Fälle bald eine Usucapion, bald eine prätorische Präscription seyn könne, wie **Vinnius**⁸¹⁾ und **Westphal**⁸²⁾ lehren; oder ob nicht endlich, ohne zwischen Usucapion und Präscription zu unterscheiden, nur eine einzige erwerbende Verjährung bey Servituten anzunehmen sey, wie die meisten Civilisten behaupten⁸³⁾; wird sich aus der historischen Entwicklung dieser Rechtslehre am besten beantworten lassen. Die Geschichte wird uns erst in den Stand setzen, ein richtiges System der erwerbenden Verjährung bey Dienstbarkeiten darzustellen.

Gewöhnlich pflegt man in der Geschichte dieser Rechtslehre fünf Perioden zu unterscheiden; nämlich die der zwölf Tafelgesetze, der *Iurisprudentiae mediae*, der *Legis Sabinianae*, des Prätorischen Rechts, und des Justinianischen Rechts⁸⁴⁾.

Allein diese verschiedenen Perioden lassen sich füglich in zwei Hauptepochen vereinigen, nämlich die Periode des Civilrechts und die des Prätorischen Rechts.

Erste

81) *Select. iuris Quaest. Lib. I. Qu. 31.*

82) *Interpretat. iuris de libert. et servit. praedior. §. 829. sqq.*

83) **Ehribaut** über Besitz und Verjährung. 2. Th. §. 14. u. 36.
EMMINGHAUS ad *Cocceji ius civ. controvers. h. t. Qu. 3. not. g. T. II. pag. 4.* **Höpfner** im *Commentar über die Institutionen* §. 352. u. a. m.

84) **G. GALVANUS** c. l. **OTTO** cit. *Diff. cap. 2.* und vorzüglich **Ge. Frid. WALCH** *Diff. historiam tam usucapionis, quam praescriptionis acquisitivae servitutum contin. Sect. I. Goettingae 1794.*

Erste Periode.

Ursprung und Untergang der Usucapion bey Dienstbarkeiten
nach dem römischen Civilrecht.

Noch in den Gesetzen der zwölf Tafeln ist von einer Usucapion der Dienstbarkeiten überall keine Rede. Zwar sprechen dieselben in den zu uns gekommenen Bruchstücken schon von einer *auctoritate usus*, die bey Grundstücken nach zwey Jahren, bey andern Sachen hingegen nach einem Jahre ein Recht gab, welches selbst vom Staat geschützt wurde⁸⁵⁾; man verstehe nun darunter entweder, wie die meisten behaupten, das volle römische Eigenthum⁸⁶⁾, oder, wie es Dabelow⁸⁷⁾ erklärt, blos gesetzlichen Schutz eines

85) Die Worte auf der sechsten Tafel lauten nach Iac. GOTHOFREDUS in Fontibus quat. iuris civ. so: *Usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus esto*. Die Richtigkeit dieser Restitution erbhellet aus CICERO in *Topicis* cap. 4. und in *Orat. pro Caecinna* cap. 19.

86) So erklären das Wort *auctoritas* Juristen und Philologen. Man s. GRAEVIUS ad cic. *Orat. pro Caecinna* cap. 19. p. 533. sqq. (Edit. Amstelodam. 1695. 8.) Iac. GOTHOFREDUS c. 1. pag. 212. OTTO cit. *Diff. Cap. 2. §. 2.* unter den neuern Hugo im Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts §. 77. (der zweyten Ausgabe). Hr. Hofr. GROS Geschichte der Verjährung nach dem Röm. Recht. Göttingen 1795. Abschn. 1. Thibaut a. a. D. §. 6. S. 67. f.

87) Ueber die Verjährung. 1. Th. Halle 1805. §. 2. S. 45. ff. Noch eine andere sonderbare Erklärung findet man in Car. AND. DUCKERI *Opuscul. var. de Latinitate Ictor. vet.* pag. 279. wo es heißt: *Varsum illum XII. Tab. Usus auctoritas fundi etc. ita interpretor: ut qui fundum biennio vel caeteras res anno possedisset, perinde res eius fieret, atque si auctoritatem haberet, id est, esset auctione res ipsi addicta.*

eines eine gewisse Zeit hindurch fortgesetzt und mit Publicität verbundenen Gebrauchs, woraus sich nachher erst die erwerbende Verjährung gebildet haben soll; allein die ganze Fassung der Worte ergiebt es, daß diese auctoritas usus bloß bey körperlichen Sachen galt, und dies leidet um so weniger einigen Zweifel, da auch die Griechen, von welchen der Stoff zu den zwölf Tafeln entlehnt war, keine auctoritas usus bey unkörperlichen Sachen kannten⁸⁸⁾. Man band sich vielmehr so streng an die Worte, daß erst in spätern Zeiten vermittlest der logischen Interpretation dasjenige, was das Gesetz der zwölf Tafeln von fundis verordnet hatte, auch auf aedes ausgedehnt wurde, wie uns Cicero⁸⁹⁾ ganz deutlich sagt. Die Kürze der zwölf Tafeln machte jedoch eine ausdehnende Erklärung immer nothwendiger, und die römischen Rechtsgelehrten, welche sich die Auslegung derselben zum vorzüglichsten Geschäft machten, wurden hierdurch die Erfinder vieler neuer Rechtsfälle, welche in ihrem Umfang genommen das ius civile der Römer im eminenten Sinn bildeten⁹⁰⁾. Durch die Auctorität derselben ward nun auch die Usucapion der Dienstbarkeiten eingeführt, welche, wie die Usucapion der Grundstücke, eine Zeit von zwey Jahren erforderte, während welcher man sie ausgeübt haben mußte.

88) C. Dabelow a. a. O. §. 5. C. 58.

89) Topic. c. 1. Quod in re pari valet, valeat in hac, quae par est: ut quoniam usus auctoritas fundi biennium est, sit etiam aedium. Ast in Lege aedes non adpellantur. Gerner in Orat. pro Caecinna c. 19. At utimur eodem iure in aedibus, quae in Lege non appellatur.

90) L. 2. §. 5. D. de orig. iur. CICERO de Officiis III. 16. et 17.

mußte. Cicero ⁹¹⁾ schreibt diese Erfindung ausdrücklich dem iuri civili zu, dahingegen er die Usucapion der Grundstücke a Legibus, d. i. von den Gesetzen der zwölf Tafeln ableitet. Um diese Ausdehnung zu rechtfertigen, war es schon genug, daß in den Gesetzen der zwölf Tafeln die Usucapion bey Servituten nicht ausdrücklich ausgeschlossen war. Hierzu kam, daß Dienstbarkeiten die Grundstücke immer afficirten. Es war also ganz natürlich, daß die Erwerbung derselben durch Usucapion mit der Erwerbung der Grundstücke durch Usucapion nach gleichen Grundsätzen beurtheilt wurde. So kam es denn auch, daß zur usucapio servitutum gleichfalls zwey Jahre erfordert wurden ⁹²⁾. Man streitet sich jedoch darüber, ob diese Usucapion bey allen Servituten Statt gehabt habe. Einige ⁹³⁾ wollen

91) Orat. pro Caecinna Cap. 26. Fundus a patre (sc. familias) relinqui potest, at usucapio fundi, hoc est, finis sollicitudinis ac periculi litium, non a patre relinquitur, sed a legibus. Aquaeductus, haustus, iter, actus a patre: sed rata auctoritas harum rerum omnium a iure civili sumitur. Unter RATA AUCTORITAS verstehen fast alle ein durch Usucapion begründetes Recht. S. Guil. MARANUS in Paratitl. ad Tit. D. de usurpat. et usucap. Andere verstehen jedoch darunter nur Gültigkeit überhaupt. S. BRANCHU Observat. ad ius Rom. Dec. II. Cap. 17. p. 141. und Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts §. 153. Not. *) S. 182. der zweyten Ausgabe.

92) Daß das Biennium bey der Usucapion der Servituten Statt fand, erhellet aus AGGENUS URBICUS de controvers. agror. (in GORSII auctorib. rei agrariae pag. 53.) und aus PAPIANI libr. Responsor. Tit. XVIII. (bey SCHULTING in Iurispr. Antejust. pag. 839.) Man s. auch Dabelow a. a. D. §. 23.

93) CUIACIUS in Comm. ad L. 4. §. ult. D. de usurpat. BRANCHU Observation. ad ius Rom. Decad. II. Cap. 17. pag. 136. sqq.

wollen behaupten, daß nur servitutes urbanae hätten usufructu capirt werden können, weil sich nur bey diesen ein continuus usus denken lasse. Andere⁹⁴⁾ hingegen glauben, die Usucapion sey bloß auf servitutes rusticas beschränkt gewesen, weil nur diese unter die res mancipi gezählt wurden⁹⁵⁾. Daher gedente auch Cicero⁹⁶⁾ nur dieser ausdrücklich. Allein Janus a Costa⁹⁷⁾ und Johann D'Alvezan⁹⁸⁾ haben die Gründe für beyde Meinungen sorgfältig geprüft und ausführlich widerlegt. Schon vermöge der Ausdehnung, welche nach Cicero das Wort: fundus, erhalten hatte, scheint es nicht dem geringsten Zweifel unterworfen zu seyn, daß die usucapio sowohl bey den servitutibus urbanis als rusticis Statt gefunden habe⁹⁹⁾.

Durch die Lex Scribonia¹⁰⁰⁾ wurde jedoch die durch die auctoritas Prudentum bey Dienstbarkeiten eingeführte Usus

94) Ant. SCHULTING ad PAULI Sent. Recept. Lib. I. Tit. 17. §. 2. Not. 9. in Iurisprud. Antejust. pag. 256. Frid. Es. & PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. I. Obl. 188. §. 3.

95) ULPIAN. Fragm. Tit. 19. §. 1.

96) Orat. pro Caecinna cap. 26.

97) Praelectiones ad illustriores quosd. Titulos iuris civ. ad L. 14. D. de Servitut. pag. 49. sqq.

98) Servitutum libr. P. IX. Cap. 4. (bey MEERMAN Tom. IV. pag. 222. sqq.)

99) Vergl. Hrn. Hofr. GROS Geschichte der Verjährung S. 20. f. Dabelow über Verjährung §. 23. Rot. I. S. 132. und WALCH Diss. cit. de praescript. servitut. constitutiva §. 4.

100) C. Iac. RAEVARDI ad Legem Scriboniam liber sing. in eius Operib. Tom. II. pag. 709. seqq. (edit. Lugdun. 1623. 8.) Io. Fernand. de RETES Succisiva Selectio ad Legem Scriboniam (bey

Usucapion wieder aufgehoben, und allgemein verordnet, daß Servituten nicht sollten usucapirt werden können¹⁾. Ueber das Zeitalter dieses Gesetzes läßt sich mit Gewißheit nichts bestimmen, doch ist es wahrscheinlicher, daß dasselbe unter den erstern Kaisern, als daß es noch zu den Zeiten der Republik gegeben worden sey²⁾. Noch viel unbes-
 kenne

(bey MEERMAN Tom. VI. pag. 463.) Greg. MAJANSII Diss. de Lege Scribonia, servitutum usucapionem prohibente; (in RIUS Dissertationib. iur. civ. Tom. II. Diss. 68.) Io. van de WATER Observation. iuris Rom. Lib. II. cap. 18. und Sam. LUCHTMANS Diss. ad Legem Scriboniam de sublati servitutum usucapionibus. Lugd. Batav. 1786.

1) PAULUS L. 4. §. fin. D. de usurpat. et usucap. sagt: Eam usucapionem sustulit Lex Scribonia, quae servitutem constituerebat. Die Lesart: Lex Voconia bey HALOANDER ist offenbar unrichtig, ob sie gleich bey ANT. FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. XIX. cap. 9. pag. 730. und HUG. DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. V. cap. 22. pag. 214. Benfall gefunden hat. Man sehe aber GOTHOFREDUS in not. ad L. 4. §. ult. D. de usurpat.

2) Die Meinungen über das Alter und den Urheber des Scribonischen Gesetzes sind bekanntlich sehr verschieden. CUSAZ in Commentar. ad L. 4. §. ult. D. de usurpat. BALDUIN in Iurisprud. Mutiana pag. 281. ad L. 7. D. de servitut. praed. urb. und Io. D'AVEZAN in Servitut. libr. P. IX. cap. 5. setzen dasselbe noch in die Zeiten der Republik, und halten den L. Scribonius Libo, der ums Jahr 603 nach Erb. Roms Volkstribun war, und dessen Cicero in seinem Brutus und in seinen Briefen an den Atticus mehrmals gedenkt, für den Urheber. Allein die Gründe, welche DABELOW über die Verfälschung §. 37. Not. b. S. 186. dieser Meinung entgegenge-
 setzt hat, sind sehr erheblich. Daß das Gesetz unter den ersten Kaisern sey gegeben worden, behaupten die meisten. Hier
 giebt

kannter ist der wahre Grund des Scribonischen Gesetzes. Paulus ³⁾ sagt zwar: *Servitutes praediorum rusticorum, etiam si corporibus accedunt, incorporales tamen sunt: et ideo usu non capiuntur: vel ideo, quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem.* Nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio eius interpellari videatur. Idem et in *servitutibus praediorum urbanorum* observatur. Allein die hier angeführten Gründe sind so beschaffen, daß sie jeden bey genauerer Prüfung überzeugen müssen, Paulus habe den wahren Grund des Gesetzes selbst nicht mehr gewußt. Johann van de Water ⁴⁾

Greg

giebt es aber wieder dreyerley Meinungen. So toman de Legib. Cap. de L. Scrib. pag. 67. eignet das Gesetz dem C. Scribonius Cario zu, der im J. d. E. R. 677 mit dem Cn. Octavius Consul war. Rávard ad L. Scribon. Princ. (Opera T. II. pag. 709.) dem auch Fr. RAMOS DEL MANZANO in Comm. ad Tit. Dig. de Servitut. P. II. Cap. II. §. 12. (bey MEERMAN T. VII. p. 66.) Fern. de RETES cit. loc. §. 3. p. 465. Greg. MAJANSIUS cit. Diff. §. 6. und LUCHTMANS cit. Diff. §. 2. beystimmen, hält den L. Scribonius Libo, der unterm R. Tiber im Jahr der Erb. Roms 769 mit dem T. Statilius Sisenna Taurus Consul war, für den Urheber. DIO CASSIUS Lib. 57. gedenkt dieses Consuls. Endlich ist M. Aurel. Galvanus de Usufructu Cap. XII. §. 4. der Meinung, daß das Gesetz von demjenigen L. Scribonius Libo seinen Namen erhalten habe, welcher im J. der E. R. 719 mit dem M. Antonius Consul war, und daß es also nicht lange nach den Zeiten des Cicero sey gegeben worden. Diese Meinung hält Io. van de WATER Observ. iur. Rom. Lib. II. cap. 18. pag. 215. für die wahrscheinlichste.

3) L. 14. D. de Servitut.

4) Observat. iur. Rom. cit. loc. pag. 221. sq.

Gregor Majansius ⁵⁾ und Everh. Otto ⁶⁾ haben dieses ausführlicher gezeigt. Ob das Scribonische Gesetz auf alle Servituten, oder nur auf eine gewisse Art derselben gegangen sey, ist ebenfalls streitig. Nach einigen ⁷⁾ soll dieses Gesetz die Usucapion bloß bey den servitutibus urbanis aufgehoben haben. Allein die Schwäche der Gründe, auf denen diese Meinung beruht, hat schon Rævard ⁸⁾ so deutlich vor Augen gelegt, daß ihr wohl Niemand im Ernst seinen Beifall geben kann. Andere ⁹⁾ wollen behaupten, daß das Scribonische Gesetz nur bey servitutibus rusticis die Usucapion verboten habe. Erst späterhin sey durch die Auslegung der Rechtsgelahrten und durch den Gerichtsgebrauch das Gesetz auch auf servitutes urbanas ausgedehnt worden. Allein die Worte: *Idem et in servitutibus praediorum urbanorum observatur*, in der oben aus Paulus angeführten Stelle geben zu dieser Behauptung noch keinen gegründeten Anlaß; und eben so wenig die noch zu Hülfe genommene Stelle Ulpian's ¹⁰⁾, wenn dies

fer

5) Diff. cit. §. 6. et 7.

6) Diff. de usucap. servitut. Cap. II. §. 15.

7) Cujacius ad L. 4. §. ult. D. de servitut. dem auch Branchu Observation. ad ius Rom. Dec. II. cap. 17. pag. 142. sq. verpflichtet.

8) Ad L. Scribon. nr. 6. (*Operum Rævardi* Tom. II. p. 717. sq.) Man sehe auch Jan. a Costa Praelect. cit. pag. 52.

9) Io. D'AVEZAN Servitut. lib. P. IX. cap. 5. Jan. a Costa Praelect. cit. pag. 54. und Dabelow über die Verjährung §. 37. S. 188.

10) L. 10. D. de usurpat. et usucap. Die Redensart: *Hoc iure utimur*, brauchen die Rechtsgelahrten überhaupt, wenn sie an Glucks Erläut. d. Pand. 9. Th. zeigen

ser sagt: *Hoc iure utimur, ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint*, in welcher ohnehin gar nicht einmal von einer Usucapion, sondern blos von der prätorischen Präscription die Rede ist ¹¹⁾). Es kann wohl seyn, daß in den letzten unruhigen Zeiten der Republik die Ländereien mit Dienstbarkeiten, die man durch Usucapion erlangt hatte, so sehr beschwert worden waren; daß der dadurch verminderte Werth derselben die Aufhebung der Usucapion bey den Servituten um so nothwendiger machte, je größer der Nachtheil war, den ein Römer durch eine besonders bey *servitutibus rusticis* so leicht mögliche Usucapion erleiden konnte ¹²⁾). Ein Gesetz dieser Art war auch um so eher durchzusetzen, da es nur das alte Recht wieder herstellte. Indessen läßt doch die Allgemeinheit der gesetzlichen Disposition uns nicht daran zweifeln, daß das Verbot des Scribonischen Gesetzes auf keine besondere Art der Servituten beschränkt gewesen sey, wie Kävard ¹³⁾ mir sehr gründlich dargethan zu haben scheint. Ja ich bin mit Galvanus ¹⁴⁾ ganz darin einverstanden, daß auch die

zeigen wollen, daß etwas geltendes Recht sey. C. BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *Usi*, und meinen Commentar I. Th. S. 4. f.

11) Ohne Grund halten Ant. COVEANUS Lib. I. variar. Lection. cap. 19. und Ant. FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. XIX. cap. 9. die Worte *longo tempore capi* für einen Tribonianismus. Man sehe dagegen Io. van de WATER c. I. pag. 228. sqq. und GALVANUS c. I. pag. 109.

12) S. Dabelow a. a. D. §. 37. S. 188. folg.

13) Lib. ad Leg. Scribon. nr. 6. (*Operum* T. II. pag. 718.)

14) De usufr. Cap. XII. §. 13. pag. 116. edit. Tubing.

die Usucapion bey den persönlichen Dienstbarkeiten durch ebendasselbe Gesetz sey aufgehoben worden.

Zweite Periode.

Prätorisches Recht mit seinen Abänderungen und Erweiterungen
bis auf Justinian.

Schon gegen das Ende der Republik entstand ein neues Rechtsinstitut, nämlich die nachmals ausschließend sogenannte *Präscription*, welche sich zur Usucapion gerade so verhält, wie sich andere prätorische Rechtsmittel zu dem strengen Recht verhalten. Daß dieses Institut zuerst durch die römischen Juristen aufgebracht, und nachher durch den Prätor bestätigt worden sey, wie van de Water ¹⁵⁾ und Conradi ¹⁶⁾ behaupten wollen, ist eben so unerweislich, als unwahrscheinlich. Es gründet sich vielmehr, wie alle prätorische Rechtsinstitute, auf das den Prätoeren eingeräumte *ius adiuuandi, vel supplendi vel corrigendi ius civile, propter publicam utilitatem*, wie Papinian ¹⁷⁾ das sogenannte *ius honorarium* vortreflich characterisirt. Denn die *Präscription* sollte in den Fällen Statt finden, wo entweder gar keine Usucapion zulässig war, oder die Erfordernisse derselben mangelten ¹⁸⁾. Sie unterschied sich von der Usucapion unter andern vorzüglich darin, daß bey ihr eine längere Zeit erfordert wurde. Die Be-

§ 2

stimm

15) *Observation. iur. Rom. Lib. II. cap. 18. pag. 228.*

16) *Historia usucapion. et longi temporis praescriptionum. (Lipsiae 1778.) §. 10.*

17) *L. 7. §. 1. D. de Inst. et Iure.*

18) Dabelow über die Verjährung §. 33. C. 159. u. 160.

stimmung derselben scheint Anfangs blos von dem Gutdünken des Prätors abgehangen zu haben¹⁹⁾, erst durch die Verordnungen der Kaiser ward ein für allemal festgesetzt, daß nach dem Unterschiede der Gegenwart oder Abwesenheit ein Zeitraum von zehn oder zwanzig Jahren erforderlich seyn sollte²⁰⁾. Es ist merkwürdig, daß die Präscription sowohl bey beweglichen als unförperlichen Sachen ausgeschlossen war²¹⁾. Von einer Präscription der *Servitus*

19) *Ian. a COSTA* Praelection. cit. pag. 56. *Io. D'AVEZAN* Servitut. libr. P. IX. cap. 8. bey *MEERMAN* Tom. IV. pag. 227. Es kann vielleicht auch dem Ermessen der Centumviralrichter überlassen gewesen seyn, wie *Io. van de WATER* c. I. pag. 228. behauptet. Denn daß Usucapionsfachen vor ihr Tribunal gehörten, erhellet aus *CICERO* de Orator. Lib. I. cap. 38. Man sehe auch *ZEPERNICK* Disquisit. de causis centumviralibus §. 6. bey *SICCAMA* de iudicio centumvirali pag. 247. sqq.

20) *L. 76. §. 1. D. de contrab. emt.* Sed et longae possessionis praescriptione, si utriusque possessio impleat tempora, constitutionibus statuta. Wenn dieses geschehen, ist zwar ungewiß, in dessen erhellet doch aus *Paulus Sent. Recept. Lib. V. Tit. 2. §. 3.* daß schon zu den Zeiten dieses Rechtsgelehrten die Präscriptionszeit auf die oben angeführte Art bestimmt gewesen sey. Es ist daher ein auffallender Anachronismus, wenn *Abr. WIELING* in Praetermisiss ad *Habnii* Orat. de usu Chronologiae in iure §. 48. in *Iurisprud. Restituta* pag. 236. behauptet, erst Kr. Justinian habe *L. ult. C. de praescr. longi temp.* den Zeitraum von zehn und zwanzig Jahren bey der prätorischen Präscription bestimmt. *Io van de WATER* l. c. pag. 229. hält es für wahrscheinlicher, daß diese Bestimmung schon vom Kr. *Hadrian* herrühre.

21) *Dabelow* §. 34. C. 175. giebt hiervon die nähern Gründe an.

vituten konnte aber auch ohnehin keine Frage seyn, weil vor dem Scribonischen Gesetz usucapio dabey Statt fand. Erst unter den Kaisern wurde durch Rescripte zuvörderst die Präscription auch auf bewegliche Sachen ausgedehnt ²²⁾. Es folgte hierauf auch die Ausdehnung derselben auf unkörperliche Sachen durch die Interpretation der römischen Juristen, seitdem die Lehre von der possessio vel quasi entstanden war, und nunmehr das Hinderniß wegfiel, welches bisher der Einführung der Präscription bey unkörperlichen Sachen entgegengestanden hatte. Allein bey Servituten blieb auch nach dem Scribonischen Gesetz die praescriptio eben so gut als die usucapio ausgeschlossen ²³⁾. Denn es war überall Grundsatz des Prätors, Keinen durch seine Rechtsmittel gegen Prohibitivgesetze zu unterstützen. Es ist auch unerweislich, daß durch die Auctorität der römischen Juristen die praescriptio bey Servituten eingeführt worden sey. Man glaubte indessen, dem Scribonischen Gesetz nicht zu nahe zu treten, wenn man durch die *disputatio fori*, als Ausnahme von der Regel, den Satz annahm, daß eine einmal erworbene Servitut, welche durch bloßen Nichtgebrauch verloren worden, nachher durch erneuerten Gebrauch von zwey Jahren wieder erworben werden könne ²⁴⁾. Gleichwohl finden wir in Justinians

§ 3

nians

22) *L. 9. D. de div. tempor. praescr.* Rescriptis quibusdam D. MAGNI ANTONINI cavetur, ut in rebus mobilibus locus sit praescriptioni diutinae possessionis.

23) Dabelow §. 48. und §. 49. Man vergleiche auch GALVANUS de Usufructu Cap. XII. §. V. pag. 108. edit. Tubing.

24) PAULUS *Sentent. Recept. Lib. I. Tit. 17. §. 2.* Servitus hauriendae aquae vel deducendae, biennio omissa, intercidit, et bien-

nians Gesetzsammlung verschiedene Fragmente, die von einer auch nach dem Scribonischen Gesetz bey Servituten schon

biennio usurpata recipitur. Ueber den Sinn dieser Stelle sind zwar die Ausleger verschiedener Meinung. CUJACIUS in Comm. ad L. 4. §. ult. D. de usurpat. dem auch WESTPHAL de libert. et servitut. praedior. §. 830. Not. 739. bestimmt, versteht sie so, daß eine Servitut zwar durch einen zweijährigen Nichtgebrauch verlohren gehe; hätte sich jedoch der Berechtigte vor Ablauf dieses Zeitraums derselben noch bedient, so werde sie durch diesen Gebrauch erhalten, wenn sie auch schon ihrem Untergang nahe gewesen wäre. Allein dieser Erklärung steht entgegen, daß PAULUS nicht de retinenda, sondern de recipienda servitute redet. Dies setzt voraus, daß die Servitut erloschen war. GREG. MAJANSIUS in Diss. de Lege Scribonia §. II. (Disputation. iuris civ. Tom. II. pag. 339.) glaubt daher vielmehr, der Sinn jener Worte sey der: Wenn der Eigenthümer des dienstbaren Gutes die servitutum hauriendae aquae zwei Jahre usurpirt, welche der Eigenthümer des herrschenden Gutes durch Nichtgebrauch verlohren hat, so erhalte jener die Servitut wieder, das ist, die Freiheit, die sein Grundstück verlohren hatte. Allein die ganze Fassung der Worte, ja aller Sprachgebrauch streitet dieser Erklärung entgegen. Nicht zu gedenken, daß PAULUS von einer servitute rustica spricht, die keine usucapio libertatis erforderte. Andere, zu welchen vorzüglich Io. D'AVÉZAN Servitut. libr. P. IX. cap. 4. Ian. & COSTA ad §. 3. l. de reb. corp. et incorp. und SCHULTING in Not. ad loc. h. Pauli pag. 256. Iurisprud. Antejustin. gehören, denen auch WALCH in Diss. cit. de praescript. servitut. constitutiva §. IV. not. q. bestimmt, verstehen die Stelle des PAULUS von dem ältern Recht, welches vor dem Scribonischen Gesetz galt. Allein dieser Meinung steht entgegen, daß die *Receptae Sententiae* des PAULUS, wie schon der Name anzeigt, bloß geltendes Recht enthielten. Es ergibt dies auch die ganze Fassung der Worte. Die natürlichste Erklärung ist daher wohl unstreitig diejenige, daß

Paul

schon vor Justinian angenommenen Verjährung verstanden werden können. So z. B. sagt Ulpian ²⁵⁾: *Si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo: sed utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se, non vi, non clam, non precario possedisse.* Eben so. Kr. Antonin ²⁶⁾: *Is, qui iudex erit, longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere, sciet;* und an einem andern Ort sagt eben dieser Kaiser ²⁷⁾: *Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti, servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti.* Mehrere Rechtsgelehrten nehmen daher an, man habe bey Servituten eine ausserordentliche Verjährungsart zugelassen. Allein die Sache verhält sich vielmehr auf folgende

§ 4

gende

Paulus von der Wiedererlangung einer durch bloßen Nichtgebrauch erloschenen Dienstbarkeit rede, welche der damalige römische Gerichtsgebrauch, als Ausnahme von der Regel des Scribonischen Gesetzes, zuließ, weil hier nicht von Erwerbung einer neuen Servitut die Rede war. Diese Erklärung nehmen an RAMOS DEL MANZANO in Comm. ad Tit. Dig. de Servitut. P. II. cap. 2. §. 18. bey MEERMAN T. VII. pag. 67. GALVANUS de Usufr. Cap. XII. §. 4. BRANCHU Observat. ad Ius Rom. Decad. II. Cap. 17. pag. 135. und van de WATER Obs. iur. Rom. Lib. II. cap. 18. pag. 226. Ich bemerke nur noch, daß das Wort *usurpare* hier so viel, als *usu acquirere* bedeutet, in welchem Sinn es öfters von den Klassikern gebraucht wird. S. BRISSONIUS de Verb. Significat. b. v. und noch vorzüglich GROSS Gesch. d. Verjährung S. 62. f.

25) L. 10. D. Si servit. vindicet.

26) L. 1. C. de Servitutib.

27) L. 2. C. eodem.

gende Art. Wenn gleich das Scribonische Gesetz die Usurpation der Dienstbarkeiten aufgehoben hatte, so glaubte doch der Prätor, dieses Verbots ungeachtet, demjenigen im Besitz schützen zu müssen, welcher ein *longum tempus* hindurch sich im Besitz und in der Ausübung einer Servitut weder gewaltsam, noch heimlich, noch bittweise befunden hatte. Dieser Schutz, der sich ohne Ausnahme auf alle Servituten erstreckte, war aber keine Präscription, wie Caspar Schifordeggher ²⁸⁾ meint, sondern wurde nach den Grundsätzen von den prätorischen possessorischen Rechtsmitteln beurtheilt. Der Besitzer der Servitut wurde daher nur so lange in seinem Besitz geschützt und erhalten, bis durch den Rechtsstreit über die Zuständigkeit der Servitut entschieden war, daß ihm keine Dienstbarkeit zustand. Aber bey diesem Rechtsstreite kam dem Besitzer das *longum tempus* dahin zu Statten, daß daraus für ihn, wenn er die Eigenschaften des dabey vorausgesetzten Besitzes nachgewiesen hatte, die gegründete Vermuthung entstand, daß er die Servitut auf eine rechtmäßige Art erworben habe. Wegen dieser Vermuthung konnte sich daher der in Anspruch genommene Besitzer der streitigen Dienstbarkeit nicht nur wider die gegen ihn erhobene Negatorienklage mit der Einrede des vieljährigen Besitzes vertheidigen, und dem Kläger lag es in diesem Falle ob, die Freyheit seines Eigenthums auf das bündigste darzuthun; sondern, wie in der Folge die prätorische Präscription durch Einführung einer *rei vindicatio utilis* den Character der erwerbenden Verjährung annahm, so ward auch demjenigen, der lange Zeit hindurch eine Servitut auf einer fremden Sache nicht gewaltsam

28) Ad *Ant. FABRUM* Lib. I. Tract. 1. §. 4. pag. 40.

gewaltsam, noch heimlich, auch nicht bittweise ausgeübt hatte, eine vindicatio servitutis in ungefähr gleicher Art gestattet, wie man die actio Publiciana demjenigen gestattete, welcher iusto titulo und bona fide eine fremde Sache an sich gebracht hatte, nicht anders als ob er selbst der Eigenthümer sey²⁹⁾. Nun konnten zwar, nachdem einmal das Scribonische Gesetz gegeben war, gegen das ausdrückliche Verbot desselben, Servituten so wenig usucapirt, als longo tempore präscribirt werden. Ulpian³⁰⁾ giebt dies

29) Man sehe hier vorzüglich Dabelow über die Verjährung. I. Th. §. 49.

30) L. 10. §. 1. D. de usurpat. et usucap. Die meisten erklären zwar diese Stelle von der Usucapion, und halten die Worte longo tempore capi für einen Tribonianismus. Man sehe z. B. IAN. a COSTA in Comm. ad pr. l. de Servitut. GALVANUS de Usufr. Cap. XII. §. 4. BRANCHU Observ. iur. Rom. cap. XVII. Io. D'AVEZAN Servitut. libr. P. IX. cap. 6. Io. WYBO Tribonian. ab Emblematib. Wissenbachii liberat. Cap. VI. §. 17. und WESTPHAL de lib. et servitut. §. 830. Allein zu dieser Beschuldigung ist kein hinlänglicher Grund vorhanden. Mit Recht erklären daher Andere die Stelle Ulpians von der prätorischen Präscription, wie z. B. CASP. SCHIFFORDGHER ad Ant. FABRUM Lib. I. Tr. V. Qu. 6. Franc. RAMOS del MANZANO Commentar. ad Tit. Dig. de Servitut. P. II. Cap. 2. §. 16. ULR. HUBER Digression. Iustinianear. Lib. II. cap. 17. §. 5. und Io. van de WATER Observat. iur. Rom. Lib. II. cap. 18. pag. 231. Das Wort nusquam, das Ulpian hier gebraucht hat, soll, wie MANZANO a. a. O. bemerkt, auf den Ort hindeuten, und so viel sagen, daß Servituten auch in den Provinzen eben so wenig, als in Italien, präscribirt werden könnten. Zwar war es keinem Zweifel unterworfen, daß ein redlicher Besitzer, der ein Grundstück usucapirte, auf diese Art auch zugleich die dem Grundstück zustehenden Dienstbar-

dies auch deutlich genug zu verstehen, wenn er sagt: *Hoc iure utimur, ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint.* Allein das Interesse des Staats, endlosen Streitigkeiten vorzubeugen, welches bey Servituten desto stärker wirkte, je leichter jene zwischen Nachbarn vorkommen können, machte es nothwendig, durch den Gerichtsgebrauch den Satz geltend zu machen, daß bey Servituten dem langwierigen fehlerfreyen Besitz die Kraft einer erwerbenden Verjährung beizulegen sey. Folgende Stellen aus Ulpian werden uns hiervon überzeugen.

L. 1. §. ult. D. de aqua et aquae pluv. arc. In servitutibus hoc idem sequimur, ut, ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute neque vi, neque precario, neque clam, habuisse longa consuetudine vel ex iure impositam servitutem videatur.

L. 5.

barkeiten erwart. Allein die Frage war, ob nicht auch der Eigenthümer oder redliche Besitzer eines Grundstücks für dasselbe eine Servitut erst durch Präscription erwerben könne? Diese Frage entscheidet Ulpian nach dem Rechte seines Zeitalters verneinend. Da indessen Tribonian die Fragmente aus den Schriften der römischen Juristen oft in einem andern Sinn in Justinians Gesetzsammlung aufgenommen hat, als welchen sie ursprünglich hatten, wie ich schon öfters in diesem Commentar bemerkt habe; so kann man nun die Stelle Ulpians mit van de WATER am angef. Orte auch ganz füglich in dem Sinne nehmen, daß Niemand eine Servitut durch Verjährung erwerben könne, der nicht Eigenthümer des herrschenden Guts ist, dem die Servitut zum Nutzen gereicht. Diese Erklärung wäre denn auch dem allgemeinen Grundsatz gemäß, den Ulpian *L. 1. D. Commun. praedior.* lehrt.

L. 5. §. 3. D. de itinere actuque privato. Si quis servitutem iure impositam non habeat, habeat autem velut longae possessionis praerogativam ex eo, quod diu usus est servitute, interdicto hoc uti potest.

Diese außerordentliche Verjährungsart, welche man bey Servituten zuließ, unterschied sich jedoch von der ordentlichen Präscription hauptsächlich darin, daß zu jener weiter nichts, als ein fehlerfreier Besitz erfordert wurde. Ein rechtmäßiger Titel, ohne welchen keine ordentliche Präscription Statt hatte, war hier nicht nöthig, wie Ulpian in einer schon oben angeführten Stelle ³¹⁾ ausdrücklich sagt: Non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo. Duaren ³²⁾ und Kávard ³³⁾ haben zwar dagegen verschiedene Einwendungen gemacht, allein Herr Hofrath Gros ³⁴⁾ hat sie ausführlich und gründlich beantwortet. Die bona fides des Besitzers war hingegen auch bei der Verjährung der Servituten eine Hauptersforderniß ³⁵⁾. Diese mußte auch, so fern

31) L. 10. D. Si servit. vindicet.

32) Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 34.

33) Ad Leg. Scribon. cap. 7.

34) Geschichte der Verjährung S. 58. f.

35) Dies ist, seit dem die Verjährung bey Servituten aus einer bloß schützenden eine erwerbende wurde, außer Zweifel. Ob aber auch schon vorher zur Manutenenz bey der fernern Ausübung der Servitut die bona fides erforderlich gewesen? ist streitig. Kávard ad L. Scribon. nr. 8. Hieron. ELENUS Diatribar. seu Exercitation. ad ius civ. Lib. II. cap. 11. (bey E. Otto in Thef. iur. Rom. Tom. II. pag. 1434.) und Hr. Hofr. Gros a. a. D. S. 57. tragen kein Bedenken, diese Frage zu beja-

fern es dem Besitzer an einem Titel fehlte, die ganze Verjährungszeit hindurch fortgedauert haben³⁶⁾. Hierdurch zeichnet sich ebenfalls die Erwerbung der Servituten als eine außerordentliche Verjährungsart aus. Denn bei der ordentlichen Präscription war die bona fides bloß zu Anfang des Besizes erforderlich. Eine mala fides superveniens hemmte den Lauf derselben nicht³⁷⁾. Da ferner der Besitz kein heimlicher seyn durfte, so war es auch ganz natürlich, daß der Eigenthümer des dienstbaren Gutes es wissen mußte, daß sein Nachbar eine Servitut darauf ausgeübt hat. Daher erklärt sich, warum in dem Rescript des Krs Caracalla³⁸⁾, dessen Worte oben angeführt worden sind, auf die Wissenschaft des Andern, auf dessen Grundstücke die Servitut ausgeübt worden ist, ein solches Gewicht gelegt wird, daß der Kaiser deswegen unbedenklich eine Erwerbung durch Präscription annehmen zu müssen glaubte. Viele³⁹⁾ sind zwar anderer Meinung, und glauben, es sey bloß auf das Betragen desjenigen angekom-

men. Allein Dabelow über die Verjährung S. 225. glaubt, die bona fides sey anfangs nicht nöthig gewesen.

36) *Casp. SCHIFORDEGHER* ad *Ant. FABRUM* Lib. I. Tract. V. Qu. 3. *Fr. Ram. del MANZANO* in *Commentar. cit.* P. II. Cap. 2. §. 25. (bey *MEERMAN* T. VII. pag. 69.) und *Ios. Fernand. de RETES* in *succif. Select. ad Leg. Scriboniam* §. 17. (bey *MEERMAN* Tom. VI. pag. 468.)

37) *L. 48. §. 1. D. de acquir. rer. dom.*

38) *L. 2. Cod. de Servitut.*

39) *J. B. GALVANUS* de usufr. cap. XII. §. 9. pag. 114. *de RETES* cit. *Select. ad L. Scribon.* §. 18. *LYKLAMA* *Membranar.* Lib. II. *Ecclog.* 6. II. a. III.

kommen, der die Servitut ausgeübt hat. Genug wenn diese Ausübung auf eine solche Art geschehen sey, daß der Eigenthümer davon habe Wissenschaft erhalten können, so sey der Besitz kein heimlicher. Caracalla sage zwar freylich in der angeführten Constitution: *Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti*. Allein man sey nicht berechtigt, diesen factischen Umstand, der blos zur Geschichtserzählung des Anfragenden gehörte, geradezu für ein rechtliches Erforderniß zu erklären. Dieser Meinung stehen indessen nicht unerhebliche Zweifel entgegen. Offenbar enthalten die angeführten Worte den Entscheidungsgrund des Rescripts. Es dürfte also mit der Interpretation der Rescripte in dem Justinianischen Coder sehr übel aussehen, wenn wir die zur Geschichtserzählung gehörigen Umstände übersehen wollten, wie auch Dabelow⁴⁰⁾ mit Recht dagegen schon erinnert hat. Denn die Kaiser entschieden in ihren Rescripten blos einzelne Rechtsfälle nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts⁴¹⁾. Sodann sagt Ulpian *L. 5. D. de servitut. praedior. urbanor. INVITUM in servitutibus accipere debemus non eum, qui contradicit, sed eum, qui non consentit.* Nach diesem Ausspruch mußte jede Handlung für widerrechtlich gehalten werden, welche ohne Wissen und Willen des Eigenthümers von einem Andern auf seiner Sache zum Nachtheil ihrer Freyheit unternommen wurde, nicht anders, als ob der Eigenthümer ausdrücklich widersprochen hätte⁴²⁾. Mit Recht schreibt daher Schifordegher⁴³⁾: *Vix est,*

ut

40) Ueber die Verjährung S. 228. Not. u.

41) Vergl. ECKHARDI Hermenevt. iuris §. 221. pag. 404.

42) S. WESTPHAL de lib. et serv. praedior. §. 520.

43) Ad Ant. FABRUM Lib. I. Tract. 6. Qu. 4. Man sehe auch OIPHANIUS ad L. 2. Cod. de Servitut. pag. 175.

ut quis uti potuerit servitute, nec vi, nec clam, nec precario, quin ea usus fuerit; non solum sciente, sed et patiente domino. Eben dieses Erforderniß der Wissenschaft des Eigenthümers macht es nun auch begreiflich, warum man bey der Verjährung der Dienstbarkeiten durchgehends mit dem Ablaufe von zehn Jahren zufrieden war. Denn schon dieser Termin machte ein tempus longum aus, der Unterschied hingegen, den man zwischen Gegenwart und Abwesenheit des Eigenthümers bey der ordentlichen Präscription machte, und die Verdoppelung der Zeit im Fall der Abwesenheit paßte auf die Verjährung der Servituten nicht ⁴⁴⁾). Alle die bisher angegebenen Bestimmungen lassen keinen Zweifel übrig, daß auch noch nachher, nachdem die Verjährung bey Servituten aus einer bloß schützenden eine erwerbende geworden, dieselbe dennoch als eine außerordentliche Verjährungsart vor Justinian behandelt worden sey. Daher kommt es auch, daß die confessorische Klage, welche wegen einer auf diese Art erworbenen Servitut angestellt werden konnte, nur eine actio utilis war ⁴⁵⁾).

Ja

44) S. Dabelow S. 225. In einigen Stellen ist zwar vom unvordenklichen Besitz die Rede. L. 3. §. 4. D. de aqua quotid. L. 2. §. 1. et §. 7. D. de aqua et aquae pluv. Allein diese gehören gar nicht hierher. Denn man kann hier gar nicht sagen, daß von einer durch Verjährung erworbenen Dienstbarkeit die Rede sey. Denn wenn der Anfang einer Servitut nicht mehr auszumitteln ist, so gilt dieselbe für rechtmäßig constituirt, weil der Titel alsdann präsumirt wird. L. 3. §. 4. cit. sagt ausdrücklich: Ductus aquae, cuius origo memoriam excessit, iure constituti loco habetur. Add. L. 26. D. eodem. S. H. Host. Er o s Geschichte der Verjährung S. 56. folg.

45) L. 10. D. Si servit. vindicet. L. 1. §. ult. D. de aqua et aquae pluviae.

Ja Ulpian⁴⁶⁾ nennt sogar eine durch Verjährung erworbene Servitut blos eine *Quasi servitus*.

So war nun also schon vor Justinian in den Gesetzen der, selbst durch kaiserliche Rescripte bestätigten Grundsatz angenommen, es finde bei Servituten eben so gut Erwerbung durch Verjährung, als bei andern Sachen Statt. So wichtig nun auch die Reformen waren, die Justinian *L. un. C. de usucap. transform.* in der Lehre von der Verjährung vornahm, so wenig ist dennoch erwieslich, daß er die den Servituten eigenthümliche erwerbende Verjährungsart abgeschafft habe⁴⁷⁾. Es ist indessen nicht zu läugnen, daß sie durch ihn manche sehr wichtige Veränderungen erlitten hat. Durch die *L. ult. C. de praesc. longi temp.* wurde nämlich der Unterschied zwischen Gegenwart- und Abwesenheit, wobei lediglich auf den Wohnort (*domicilium*) sowohl des Eigenthümers, als des Präscribirenden geschehen, und Abwesenheit nur dann angenommen werden soll, wenn beide Partheien nicht in derselben Provinz, sondern in verschiedenen Provinzen ihren Wohnort haben, nun auch bei der Verjährung der Servituten eingeführt, das Erforderniß der *bona fides* blos auf den Anfang des Besizes eingeschränkt, hingegen das in dem oben angeführten Antoninischen Rescripte⁴⁸⁾ angenommene Requisit, — die Wissenschaft des Eigenthümers,

46) *L. 1. §. ult. D. cit.*

47) S. Groß a. a. O. 4. Abschn. S. 78. f. und Dabelow §. 57. S. 276.

48) *L. 2. C. de Servitutib.*

mers, — wieder aufgehoben ⁴⁹⁾). Das Resultat davon ist, daß nach Justinians Ausgleichung Servituten in zehn Jahren *inter praesentes*, und in zwanzig Jahren *inter absentes* durch die Verjährung erworben werden können, sobald nur der Besitzer von Anfang an in *bona fide* war. Iustus titulus hingegen ist auch nach dem neuesten Rechte bei dieser Verjährung nicht erforderlich ⁵⁰⁾).

Aus dieser historischen Darstellung mag nun der Leser selbst beurtheilen, was von der Theorie derjenigen Rechtsgelehrten ⁵¹⁾ zu halten sey, welche meinen, daß Servituten nach den Römisch-Justinianischen Rechten sowohl durch *Usucapion* als durch *Präscription* erworben werden können.

49) Merkwürdig sind die letzten Worte der *L. 12. C. de praeser. longi temp.* Eodem observando, et si res non soli sint, sed incorporales, quae in iure consistunt, *veluti ususfructus, et ceterae servitutes*; wodurch also Justinian die in diesem Gesetz enthaltene, und die Bestimmung der Gegenwart und Abwesenheit betreffende Verordnung auch auf die Verjährung der Dienstbarkeiten ausdehnte, als welche er hier an sich schon als bekannt voraussetzte. C. SCHIFFORDER ad *Ant. FABRUM* Lib. I. Tr. V. Qu. 4.

50) C. Dabelow §. 277. Viele sind zwar anderer Meinung. Man sehe z. B. Io. Bapt. Andr. LOHLEIN Progr. quo communem opinionem de ordinaria praescriptione servitutum, sine titulo currente, legibus et rationi repugnare, demonstratur. Wirceburgi 1753. 4. Allein offenbar beruht diese Meinung auf einem Mißverständnisse der Worte: *ut hunc initio possessionem tenentis* in der *L. 12. C. de praescript. longi temp.* wie ich noch in der Folge näher zeigen werde.

51) VINNIUS select. Quaest. iuris Lib. I. cap. 31. und WESTPHAL de lib. et servitut. praedior. §. 830. Not. 739. pag. 567. sqq.

~~Könnten~~. Man sagt nämlich, durch Usucapion können jetzt wieder Dienstbarkeiten erworben werden, weil Justinian dadurch, daß er den Unterschied zwischen der *praescriptio longi temporis* und *usucapio* aufgehoben hat, die bey Servituten durch das Scribonische Gesetz abgeschaffte Usucapion wieder eingeführt habe. Durch *Präscription* hingegen, wenn sich Jemand weder gewaltthätig, noch heimlich, auch nicht bittweise der Servitut die gesetzliche Zeit hindurch bedient. Nach dieser Theorie sollen zwar beide Verjährungsarten in Rücksicht der erforderlichen Zeit, und darin mit einander übereinkommen, daß sie eine vollkommene Erwerbung der Servitut bewirken; sonst aber sollen sie darin unterschieden seyn, daß bey der *usucapio* *servitutum titulus* und *bona fides* erfordert werde, wogegen auf die Wissenschaft des Eigenthümers nichts ankomme; bey der *praescriptio* aber zwar weder *bona fides* noch *titulus* nöthig sey, die Wissenschaft des Eigenthümers hingegen *loco tituli* erfordert werde. Das Urtheil, welches über diese Theorie von einem unserer heutigen Civilisten⁵²⁾ ausgesprochen wird, sie sey unter der Kritik, scheint zwar hart zu seyn; allein für ungerecht kann man es wirklich nicht halten. Hätte Justinian die bey Servituten durch das Scribonische Gesetz aufgehobene Usucapion im Ernst wieder eingeführt, wie konnte Tribonian in die Pandecten des Kaisers Fragmente aus den Schriften der röm. Juristen aufnehmen, in welchen des Scribonischen Gesetzes, als eines noch jetzt geltenden Rechts, gedacht wird? Die Justinia-

52) Dabelow über die Verjährung. 1. Th. S. 75. Not. k. S. 360. folg.

Justinianische Constitution von der Umbildung der Usucapion gieng ja bekanntlich den Pandecten voraus. Wie schlecht hätte Tribonian für die Uebereinstimmung der Pandecten mit dem Codex gesorgt⁵³⁾? Es ist aber auch wirklich in der neuen Justinianischen Legislation der Unterschied gar nicht gegründet, denn Westphal⁵⁴⁾ zwischen der usucapio und praescriptio servitutum macht, wie sich aus der weiter unten folgenden näheren Erörterung noch mehr ergeben wird⁵⁵⁾.

Es kommt nun hiernächst noch auf die Erfordernisse der erwerbenden Verjährung bei Dienstbarkeiten an:

I. Die erste Bedingung dieser Präscription ist Besitz der Servitut. Diese iuris quasi possessio besteht darin, daß die Servitut entweder von dem selbst, der sie erwerben soll, oder von andern Personen in seinem Namen ohne Widerspruch, muß ausgeübt, und zwar als ein Recht ausgeübt worden seyn⁵⁶⁾. Wer also aus einer andern Ursache den Weg über ein fremdes Grundstück nimmt, z. B. weil der gewöhnliche Weg überschwemmt ist, hat dadurch noch gar keine Handlung eines Besitzers ausgeübt.

53) Man sehe Io. D'AVEZAN Servitut. libr. P. IX. Cap. 6. bey MEYERMAN Tom. IV. pag. 225.

54) Cit. loc. pag. 568.

55) Vergl. auch WALCH Diff. de praescript. servitutum constitutiva §. 9.

56) Man vergleiche hier eines Ungenannten Versuch über den Quasibesitz. Halle 1806. 8. Nr. I. §. 4. Von dem Beweis dieses Erfordernisses ist vorzüglich MEVIUS Tom. II. Part. IX. Decis. 165. nachzusehen.

ausgeübt, wenn es auch noch so oft geschehen wäre. In folgenden Stellen ist alles dieses klar enthalten.

L. 7. D. de itinere actuque priv. Si per fundum tuum nec vi, nec clam, nec precario commeavit aliquis, non tamen *tanquam id suo iure faceret*, sed si prohiberetur, non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actuque, nam ut hoc interdictum competat, ius fundi possedisse oportet.

L. 25. D. Quomadm. servitut. amittant. Servitute usus non videtur, nisi is, qui suo iure uti se credidit, ideoque si quis pro via publica, vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum, nec actio utiliter competit.

L. 1. §. 6. D. de itinere actuque priv. Vivianus recte ait, eum, qui propter incommoditatem rivi, aut propterea, quia via publica interrupta erat, per proximi vicini agrum iter facerit, quamvis id frequenter fecit, *non videri omnino usum*: itaque inutile esse interdictum, non quasi precario usum, *sed quasi nec usum*. Ergo secundum (hoc) nec utro⁵⁷⁾ usus videtur: multo enim minus illo usus est, per quem non sit propter incommoditatem rivi, aut propterea, quia via praerupta erat.

L. 1. §. 7. D. eodem. Is, cuius colonus, aut hospes, aut quis alius iter ad fundum fecit: *usus videtur itinere, vel actu, vel via*, et ideo interdictum habebit.

32

L. 3.

57) Salondet liest hier *neutro*; id est, nec via publica usus est, nec itinere per tuum fundum.

L. 3. §. 4. D. eodem. Uti videmur servitutibus etiam per servos, vel colonos, vel amicos, vel etiam hospites, et fere per eos omnes, qui nobis retinent servitutes.

Von negativen Servituten entsteht die iuris quasi possessio dadurch, wenn dem Eigenthümer eine Handlung verboten wird, welche er auf seinem Grundstück vornehmen wollte, und vermöge der natürlichen Freiheit auch unternehmen konnte, und dieser sich dabei beruhiget hat⁵⁸⁾.

II. Das andere Erforderniß bey der Verjährung der Dienstbarkeiten ist die *bona fides* desjenigen, welcher die Servitut auf diese Art erwerben will. Diese richtet sich ganz nach den allgemeinen Grundsätzen von der bona fides bey der erwerbenden Verjährung, und besteht daher in der Ueberzeugung, daß man zur Ausübung der Servitut berechtigt sey⁵⁹⁾. Ohne diese Bedingung findet auch bey Servituten keine erwerbende Verjährung Statt, und es ist

58) *L. 6. §. 1. D. Si servitus vindicetur. L. 18. in fin. D. Quemadm. servitut. amittant.* CARPZOV Respons. iuris Lib. I. Tit. 41 Resp. 36. de SURGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 2. Th. 22. Not. 2. BÖHMERS auserlesene Rechtsfälle 3. Bandes 2. Abth. Resp. 236. nr. 32. und HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1185.

59) *L. 1. §. 10. D. de aqua quotid.* Sed etsi iure aqua non debetur alicui, si tamen iure ducere se putavit: cum non in iure sed in facto erravit: dicendum est, eoque iure utimur, ut interdicto hoc uti possit. *L. 1. §. 19. eod.* Aristo putat, eum demum Interdictum hoc habere, qui se putat iure suo uti: non eum, qui scit, se nullum ius habere, et utitur.

ist offenbar irrig, wenn Huber⁶⁰⁾ und Westphal⁶¹⁾ dieses Erforderniß für entbehrlich halten wollen.

Schon die Gesetze der Pandecten erfordern einen fehlerfreien Besitz, der weder durch Gewalt, noch heimlich, noch bittweise erlangt worden ist⁶²⁾. Wie kann nun ohne das Requisit des guten Glaubens ein Besitz als fehlerfrei gedacht werden? Man erwäge nur, was es heißt: heimlich, oder mit Gewalt, oder bittweise besetzen.

Wer heimlich besitzt, maßt sich die Sache auf eine solche Art an, daß der Andere, von welchem er einen Widerspruch besorgt, es nicht erfahren kann und soll⁶³⁾. Man wende diesen Begriff auf den Quasibesitz der Servitut an. Kann derjenige, welcher die Servitut absichtlich auf eine solche Art ausübt, daß der Besitzer des dienstbaren Gutes es nicht erfahren soll, weil er dessen Widerspruch befürchtet, in gutem Glauben besitzen? Sagt nicht vielmehr ausdrücklich Pomponius⁶⁴⁾, ein heimlicher Besitz sey mit einer *possessio pro suo* unverträglich, und stehe der Verjährung entgegen?

Der gewaltsame Besitz ist zwar, ohne Zweifel ein juristischer Besitz, und kann ein Recht zu Interdicten

J 3

be-

60) *Eunomia Rom. ad L. 10. D. Si servit. vindic. pag. 391.*

61) *De lib. et servit. praed. §. 830. Not. 739. pag. 568.*

62) *L. 10. D. Si servit. vind. L. 1. §. ult. D. de aqua et aquat. plu. L. 1. C. de servitut. et aqua.*

63) *L. 6. pr. D. de acquir. vel amitt. possess.*

64) *L. 4. pr. D. pro suo.*

begründen, weil es dabei nicht gerade darauf ankommt, *iusta an iniusta sit adversus caeteros possessio*, wie Paulus⁶⁵⁾ sagt. Allein nie ist ein solcher Besitz zu einer Verjährung geeigenschaftet, den man sich gegen das ausdrückliche Verbot des Eigenthümers anmaßt⁶⁶⁾, weil damit der gute Glaube durchaus nicht bestehen kann.

Wer endlich eine *Servitus precario* ausübt, weiß, daß ihm dieses Recht nur auf eine zu aller Zeit widerrufliche Art verstattet sey. *Precarium est*, sagt Ulpian⁶⁷⁾, *quod precibus petenti utendum conceditur tam diu, quam diu is, qui concessit, patitur*. Er kann also das ihm verstattete Recht *bona fide* nie als ein ihm selbst zustehendes, oder seinem Grundstück eigenes und immers währendes Recht ausüben.

Hieraus erhellet, daß man hier, wo von der Beschränkung der Rechte des freyen Eigenthums die Rede ist, das Erforderniß des fehlerfreyen Besitzes mit Recht als den bündigsten Beweis der *bonae fidei* betrachten kann; und dafür scheint ihn auch Ulpian⁶⁸⁾ selbst zu halten, wenn er sagt: *sufficit enim, si iure se ducere se, aquam putavit, nec vi, nec clam, nec precario duxit*.

Einen zweiten Beweis gegen die Westphalische Theorie giebt uns Justinian in der *L. 12. C. de praescript. longi*

65) *L. 2. D. Uti possidet. L. 53. D. de acquir. vel amitt. possess.*

66) *L. 1. §. 5. D. Quod vi aut clam. L. 73. §. 2. D. de div. reg. iuris.*

67) *L. 1. D. de precaria.*

68) *L. 1. §. 10. D. de aqua quotid.*

longi temp. wo er *bonum initium possessionis* ausdrücklich zur Präscription der Dienstbarkeiten erfordert. Ein solcher guter Anfang des Besizes läßt sich wohl ohne *bona fides* nicht gedenken.

Die Stellen, auf welche sich dagegen Westphal beruft, enthalten zum Beweise seiner Meinung nicht das Mindeste. Die *L. 5. §. pep. D. de itin. actus privato* und *L. 1. in fin. D. de aqua et aquae pluviae arc.* sagen nur, daß bey der Verjährung der Dienstbarkeiten, außer dem fehlerfreyen Besiz, kein weiterer Titel erfordert werde. Dies kann nun aber mit dem guten Glauben sehr wohl bestehen, wie Schifordegher ⁶⁹⁾ längst gezeigt hat. Man setze z. B. es verkaufe mir Jemand ein Grundstück, und gebe bey der Uebergabe vor, dem Grundstück gebühre die *servitus itineris* auf dem Grundstück des Nachbars. Ich habe in dieser Ueberzeugung jene *Servitut* auch zehn Jahre ohne Widerspruch des Nachbars ausgeübt. Wer wird hier meine *bona fides* bezweifeln, ohnerachtet ich in Rücksicht der *Servitut* keinen Titel habe?

Die *L. 24. D. Quemadmod. servitut. amitt.* welche sagt: *Licet malae fidei possessor sit, retinebitur servitus*, beweist vollends gar nichts. Ich will, statt der Widerlegung, Westphals eigene Erklärung dieser Stelle hierher setzen, und man wird sich wundern, wie er eine solche Stelle hat zum Beweise gebrauchen mögen. Er sagt nämlich ⁷⁰⁾: *Cit. L. 24. loquitur non de acquirenda, sed de retinenda servitute, item de possessore malae fidei non*

34

servi-

69) *Ad Ant. FABRUM* Lib. I. Tract. VI. Quaest. 4.

70) *De lib. et servit. praedior.* §. 900. Not. 793. b. pag. 628.

*servitutis, sed praedii*⁷¹⁾. *An ad acquirendam servitutem per praescriptionem bona fides sit necessaria, hac lege non est definitum.* Welcher auffallende Widerspruch! Endlich die *L. 1. et 2. C. de servitut. L. 7. C. eod. und L. 26. D. de aqua et aquae pulv. tra.*; welche Westphal noch an einem andern Orte⁷²⁾ zur Unterstützung seiner Theorie beifügt, beweisen zwar, daß zur erwerbenden Verjährung der Dienstbarkeiten kein besonderer Titel erforderlich sey, wie sie auch Pothier⁷³⁾ ganz richtig erklärt, allein von der bona fides sagen sie dieses nicht. Wenn Huber⁷⁴⁾ noch den Grund gebraucht; *quod usus servitutis non vi, non clam, non pretario tot annis exercitatus, non sine tacito vicinorum consensu videatur esse inchoatus, vel saltem continuatus*; so folgt auch hieraus noch lange nicht, daß der gute

71) Mit Recht bemerken Ulr. HUBER in Eunom. Rom. ad h. L. pag. 395. und Io. IENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pandect. et Cod. pag. 79. daß die *L. 24. cit.* aus der *L. 12. D. eodem* zu erklären sey, wo es heißt: *Qui fundum alienum bona fide emit, itinere, quod ei fundo debetur, usus est. Retinetur id ius itineris, atque etiam si precario, aut vi delecto domino possidet. Fundus enim, qualiter se habens, cum in suo habitu possessus est, ius non deperit: neque refert, iuste nec ne possideat, qui talem eum possidet.* Der Grund hiervon ist ohne Zweifel der, weil eine Realservitut, von welcher hier die Rede ist, dem Grundstück, und nicht der Person des Besitzers zusteht, folglich kann auch desselben fides in keine Betrachtung kommen.

72) C. §. 834. pag. 572.

73) Pandect. Iustinian. Tom. I. Tit. de Servitut. Nr. XXIV. pag. 258.

74) Eunom. Rom. pag. 391. §. 3.

gute Glaube bey der Verjährung der Dienstbarkeiten erforderlich sey, sondern es ergibt sich daraus nur soviel, daß der fehlerfreye Besitz die rechtliche Vermuthung des guten Glaubens begründe, und daher dieses Erforderniß keines weitem Beweises bedürfe.

Galvanus⁷⁵⁾, der ebenfalls die bona fides für ein nothwendiges Erforderniß bey der erwerbenden Verjährung der Dienstbarkeiten hält, sucht uns von der Wahrheit dieses Satzes noch durch folgenden Grund zu überzeugen. *Quis enim credat, sagt er, auctores nostros, non magis iuris, quam aequitatis studiosos, malam fidem fovere voluisse, et quidem in servitutis acquisitione, quae est, cum odiosa, utpote contraria libertati, tum exorbitans, cum extraordinario quodam iure consistat.*

Nach dem Justinianischen Rechte wird nun die bona fides nur zu Anfang des Besitzes erfordert, wie aus den Worten: *bono initio possessionem tenentis etc.* in der L. 12. C. de praescript. longi temp. erhellet, wenn man damit die folgenden Worte: *eodem observando* verbindet. Dies hat auch in dem Falle keinen Zweifel, wenn mir die Servitut von einem Nichteigenthümer, es sey durch eine Handlung unter den Lebenden, oder auf den Todesfall, ist constituirt worden. Da jedoch zur erwerbenden Verjährung bey Servituten ein iustus titulus nicht nöthig ist, wie nachher noch näher gezeigt werden wird, so entsteht die Frage, ob nicht etwa in dem Falle, da kein besonderer

Rechts

75) De Usufructu Cap. 12. §. 7. pag. 112. Man vergl. auch PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Observ. 32. §. 13. UND HOFACKER T. II. §. 1101.

Rechtstitel vorhanden ist, erfordert werde, daß man die ganze gesetzliche Zeit hindurch in bona fide gewesen sey? (Jos. Fernand. de Retes⁷⁶⁾) entscheidet diese Frage bejahend. Denn wer eine Servitut, sagt er, auf einer fremden Sache mit Wissen und ohne Widerspruch des Eigenthümers ausübt, muß glauben, daß ihm das Recht zustehe⁷⁷⁾. Er besitzt also gleichsam pro suo. Eine solche possessio pro suo verträgt sich nun aber mit der mala fides nicht, und muß nothwendig ihre Wirkung verlieren, wenn böser Glaube eintritt⁷⁸⁾. Ist hingegen ein besonderer Rechtstitel vorhanden, so bleibt hier doch immer wenigstens die iusta possessionis causa fortdauernd, wenn auch die bona fides des Besitzers aufhört. Allein Carl Wilhelm Walch⁷⁹⁾ glaubt, daß auch in diesem letzten Falle die mala fides superveniens nichts schade. Er nimmt zwar auch bei der Präscription der Dienstbarkeiten eine possessio pro suo an⁸⁰⁾; hält es aber dennoch für hinreichend, wenn der Präscribent nur zu Anfang seines Besitzes in bona fide gewesen ist. Er kann daher, sagt er, die Verjährung fortsetzen, wenn gleich der Eigenthümer des dienstbaren Guts die fernere Ausübung der Dienstbarkeit untersagt, ja ihm ausdrücklich erklärt hat, daß es seine Meinung keinesweges gewesen sey, ihm das Recht der Servitut zu gestatten, wenn er auch bisher dazu stille

ge-

76) Succif. Selectio ad Legem Scriboniam §. 17. (bey MEERMAN Tom. VI. pag. 469.)

77) L. ult. D. de itinere actuque priv.

78) L. 4. D. pro suo.

79) Diff. de praescript. servitutum constitutiva §. 18.

80) Cit. Diff. §. 13.

geschwiegen habe: Es müsse nur der Besitzer sich an diesen Widerspruch nicht kehren, sondern fortfahren, die Servitut auszuüben. Denn nur erst durch den Verlust des Besitzes werde die Verjährung aufgehoben.

Dem sey indessen, wie ihm wolle, so ist es wenigstens nach dem Canonischen Rechte, welches wir in der heutigen Praxis befolgen, ganz entschieden, daß in jedem Falle eine fortdauernde bona fides auch bei der Verjährung der Servituten erfordert werde⁸¹⁾; und dies wäre denn auch der oben angeführten Antoninischen Verordnung⁸²⁾ wie der ganz conform, wo es ausdrücklich heißt: *Quodsi ante id spatium eius usus tibi interdictus est, frustra sumtus in ea re factor* (es ist von der servitute aquae ductus die Rede) *praestari tibi postulas: cum in aliena possessione operis facti dominium, quoad in eadem causa manet, ad eum pertineat, cuius est possessio.*

Es braucht jedoch die bona fides nicht erwiesen zu werden, sondern wird so lange vermuthet, bis das Gegentheil erwiesen ist⁸³⁾; wenn gleich verschiedene Rechtsgelehrten auch hierin anderer Meinung sind⁸⁴⁾.

III. Ob

81) Cap. 5. et ult. X. de praescript. Vid. de RETES cit. loc. §. 17. pag. 469.

82) L. 2. Cod. de Servitut.

83) Schon wegen der allgemeinen Rechtsregel: *In dubio quilibet praesumitur bonus*, wozu noch L. penult. C. de eviction. und Cap. 47. de Reg. iuris in 6to. kommen. Man sehe auch Hug. DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XI. cap. 12. pag. 547. de RETES c. loc. §. 17. und Ern. Godofr. Christ. KLÜGEL Diss. de bona fide in praescriptione et usucapione necessaria. Wittenbergae 1781. §. 14.

III. Ob außer der bona fides auch noch ein besonderer Rechtstitel erforderlich sey, ist sehr streitig. Einige⁸⁴⁾ bejahen diese Frage schlechthin, und berufen sich theils auf die Verordnung des Krs Antonin; welcher L. 2. C. de Servitut. sagt, daß Servituten exemplo rerum immobilium durch die Verjährung erworben wurden; theils auf die Verordnung des Kaisers Justinian L. 12. C. de praescript. longi temp. und glauben, daß die Worte: bono initio possessionem tenentis, den zur Verjährung körperlicher sowohl als unkörperlicher Sachen erforderlichen Rechtstitel andeuten. Allein andere⁸⁵⁾, gestützt auf die Gesetze,

84) J. B. Ios. MASCARDUS de Probationib. Vol. III. Conclus. MCCXXI. nr. 15. sqq. pag. 423. und Io. Henr. de ARAZZE in Oecon. iuris Lib. II. Tit. 2. Th. 21. Not. 3. Allein man sehe dagegen Ern. Cbrist. WESTPHAL Diff. de indole bonae fidei in praescriptionibus. Halae 1764. §. 20. und Cbrist. Gottl. HAUBOLD ad Bergerum c. 1. not. 5. Tom. I. pag. 270.

85) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. Lib. VIII. Tit. 1. §. 14. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CX. medit. 4. Cramer Weglar. Nebenstunden Th. 14. Nr. 3. Burck, BARDILI Diff. de praescriptione servitutum §. 29. WALCH Controv. iuris civ. Sect. II. cap. 3. §. 28. u. a. m.

86) De RETES cit. loc. §. 16. GALVANUS de Usufructu Cap. XII. nr. 8. Ramos del MANZANO Commentar. ad Tit. Dig. de Servitut. P. II. Cap. 2. §. 23. Io. D'AVEZAN Servitut. libr. P. IX. cap. 7. VOET Commentar. ad Pandect. Lib. VIII. Tit. 4. §. 4. FACHINAEUS Controvers. iuris Lib. XIII. cap. 83. WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Dig. Lib. VIII. Tit. 1. §. 7. PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 32. §. 13. LYKLAMA & NYHOLT Membranar. Lib. II. Ecl. 6. de COCCEJI iur. civ. contrav. Lib. XLI. Tit. 3. Qu. 27. Iac. RAVE Princip. doct. de praescriptione §. 61. et §. 75. Cbrist. Gottl. HAUBOLD ad Ber-

sehe ⁸⁷⁾), welche weiter nichts als einen fehlerfreien Besitz zur Erwerbung der Dienstbarkeiten durch Verjährung erfordern, halten den gerechten Titel für überflüssig. Sie erfordern auch keine Wissenschaft des Eigenthümers. Wie le ⁸⁸⁾ suchen endlich die Gesetze, worauf sich beide Meinungen gründen, dadurch zu vereinigen, daß sie unterscheiden, ob der Erwerber der Servitut den Anfang seines Besitzes von dem Eigenthümer des dienstbaren Gutes selbst, oder von einem Nichteigenthümer herleite. In dem ersten Falle sey zur Erwerbung hinreichend, wenn er die Servitut weder gewalthätig, noch heimlich, noch bittweise, das heißt, mit Wissen und ohne Widerspruch des Eigenthümers, die Verjährungszeit hindurch ausgeübt hat. Ein anderer Rechtstitel, als der aus der stillschweigenden Bewilligung

Bergeri Oeconom. iuris Lib. II. Tit. 2. §. 22. not. x. Tom. I. pag. 271. HOFACKER Tom. II. §. 1101. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 421. pag. 181. Car. WILH. WALLEN cit. Diff. §. 14 — 16. u. a. m.

87) L. 10. pr. D. Si servit. vindicet. L. 1. §. ult. D. de aqua et aquae pluv. L. 1. C. de servitut. et aqua.

88) Ant. FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. XIX. cap. 10. Casp. SCHIFFORDEGHER ad Ant. FABRUM Lib. I. Tract. VI. p. 43 — 51. Hub. GIPHANIUS in Explanat. difficil. LL. Cod. ad L. 2. C. de servitutib. pag. 174. sqq. Arn. VINNIUS Selectar. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 31. Hug. DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XI. cap. 12. Io. van de WATER Observation. iuris Rom. Lib. II. cap. 18. pag. 231. sqq. Gregor. MAJANSIUS Disputat. iuris civ. Tom. II. Disputat. LXVIII. §. 15. et 16. pag. 344. Io. Henr. de BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 2. §. 22. Thibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 36. und Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 64. §. 50. der dritten Auflage.

willigung des wahren Eigenthümers abgeleitet wird, sey hier nicht erforderlich. In dem letztern Falle hingegen, da der Besitzer des dienstbaren Gutes nicht Eigenthümer ist, bedürfe es zwar keiner Wissenschaft des Eigenthümers, aber ein gerechter Titel sey hier zur Verjährung gegen den Eigenthümer schlechterdings notwendig. Von diesem Falle sey die *L. ult. C. de longi temp. praescript.* zu erklären, dahingegen die *L. 10. D. Si servit. vindicet. L. 1. in fin. D. de aqua et aquae pluv.* und *L. 1. C. de servitut.* sich auf den ersten Fall bezögen. Den Unterschied bestätige auch die *L. 11. §. 1. D. de public. in rem act.* wo Ulpian sagt: *Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur. Itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis, vel per patientiam; forte si per domum quis suam passus est aquaeductum transduci; item rusticorum; nam et hic traditionem, et patientiam tuendam constat.* Dahingegen stehe die *L. 2. Cod. de servitutibus* nicht entgegen. Denn die Worte *exemplo rerum immobilium* glengen nicht auf den Rechtstitel, sondern bloß auf die Verjährungszeit, welche die Verjährung der Servituten, mit der Präscription der unbeweglichen Sachen, gemein habe. Daß in dem Falle, von welchem das Gesetz redet, der Besitzer der Servitut keinen gerechten Titel hatte, ergiebt sich auch wirklich aus den nachfolgenden Worten ganz klar. Denn hätte der Besitzer einen gerechten Titel gehabt, wie hätte demselben die weitere Ausübung der Servitut untersagt, und sogar das Recht, eine Erstattung der wegen der Wasserleitung gehaltenen Unkosten zu fordern, abgesprochen werden können?

Unter diesen verschiedenen Meinungen entspricht nun zwar die zweite der Geschichte der römischen legislation mehr

mehr als eine der beiden übrigen. Allein für das practische System des römischen Rechts ist die letztere Meinung bey weitem brauchbarer, und verdient wegen der bessern Vereinigung der verschiedenen hier angeführten Gesetze unstreitig den Vorzug. Denn die Justinianische Gesessammlung gilt als ein für sich bestehendes Ganzes, ohne Unterschied, ob das in dieselbe aufgenommene Recht alt oder neu ist. Man muß daher keine Gesessstelle als antiquarisches Recht behandeln, wenn nicht das alte Recht durch das neue namentlich und schlechtersingig aufgehoben worden, oder das Alte mit dem Neuen durchaus nicht in Einklang gebracht werden kann, welches aber bey der sogenannten *praescriptio servitutum praetoria* überall der Fall nicht ist. Der Unterschied zwischen den angeführten beiden Fällen besteht nun darin, daß in dem letztern Falle der Kläger, welcher sich auf die Verjährung beruft, einen *iustum titulum* nachweisen muß, welcher hingegen in dem ersten Falle vermuthet wird⁸⁹⁾. Den Grund, warum hier kein weiterer Beweis eines besondern Titels erfordert wird, giebt Anton Faber⁹⁰⁾ ganz richtig auf folgende Art an: *Servitutis quasi traditio, quae per patientiam inducitur, facta reperitur ab ipso fundi domino, qui eam expressim*

89) Man nimmt daher jetzt eine doppelte Verjährung bey *Servitutibus* an: eine *praescriptio regularis*, und eine *anomalya*. *REGULARIS* sagt man, indiget *titulo et bona fide*, et nititur *L. fin. C. de praescr. longi temp.* In *ANOMALA* sola scientia et patientia domini pro titulo, bonoque initio est, et nititur *L. 2. C. de servitut.* S. Ge. Christ. NELLARI Diss. de praescriptione servitutum praedial. P. I. §. 9. et 10. (in eius *Opusc.* Tom. I. P. III. Nr. XX. pag. 43.)

90) *Conjecturar. iuris civ. Lib. XIX. cap. 10. pag. 733.*

pressim constituere potuisset, hoc ipso nimirum, quod scivit et passus est, vicinum uti servitute, quandoquidem scientia illa et patientia in rebus incorporalibus vicem traditionis obtinet⁹¹⁾. Qua vero fronte potest titulum servitutis exigere is, qui tradidit ipse, aut saltem quasi tradidit servitutem? Aut quis tam stultus et supinus sit, ut vicinum ultro patiaturs iure servitutis ira, aut quid aliud facere perfundum, qui nullam debeat servitutem. Es ergiebt sich hieraus, daß wenn der Besitzer keinen gerechten Titel für sich hat, die Wissenschaft des Eigenthümers schlechterdings erforderlich sey, weil ohne dieselbe keine patientia denkbar ist.

IV. Das vierte Erforderniß der Erwerbung der Servituten durch Verjährung ist der Ablauf einer gesetzlich bestimmten Zeit. Hier ist zu unterscheiden. Es ist entweder

1) ein gerechter Titel vorhanden. In diesem Falle wird die Servitut binnen langer Zeit präscript, das ist, binnen zehn Jahren, wenn beide Parteien in einer und derselben Provinz ihren Wohnort haben, ausserdem aber erst binnen zwanzig Jahren⁹²⁾. Hätte jedoch ein solcher Nichteigenthümer die Servitut constituiert, der das dienstbare Grundstück mala fide besitzt, so wird, wenn es an der Wissenschaft des Eigenthümers fehlt, die Servitut erst binnen dreissig Jahren erworben.

91) L. ult. D. de Servitut. L. 1. in fin. D. de Servitut. praed. rusticor.

92) L. 12. C. de praescript. longi tempor.

ben⁹³⁾. Sonst ist neben den gerechten Titel die Wissenschaft des Eigenthümers nicht erforderlich. Es ist daher ein Irrthum, wenn Rave⁹⁴⁾ den Satz aufstellt, daß nach der Novelle 119. Kap. 7. ohne Wissenschaft des Eigenthümers gar keine *praescriptio longi temporis constitutiva* mehr Statt finde.

2) Ist zwar kein gerechter Titel vorhanden, der Besitzer hat aber doch die Servitut weder heimlich, noch bittweise, noch gewaltthätig ausgeübt; so ist

a) nach dem römischen Rechte eine Zeit von zehn Jahren hinreichend. Die schon oben angeführte Verordnung des Kaisers Antoninus⁹⁵⁾, in welcher es heißt: *Longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere, modo si is, qui pulsatur, nec vi, nec clam, nec precario possidet*, setzt dies ausser allen Zweifel. Zellfeld behauptet zwar dennoch, man müsse in diesem Falle die Servitut dreißig Jahre ununterbrochen ausgeübt haben. Ja einige⁹⁶⁾ erfordern sogar eine unvordenkliche Verjährung. Allein

93) Nov. CXIX. cap. 7. Eigentlich betrifft zwar diese Novelle die Verjährung des Eigenthums. Allein man wendet sie analogisch auch auf Servituten an. S. Thibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 36. S. 110.

94) Doctr. de praescript. §. 62.

95) L. 1. Cod. de Servitut. S. WALCH Diss. de praescript. servitut. constitutiva §. 27.

96) Io. van de WATER Observat. iuris Rom. Lib. II. cap. 18. pag. 231. sqq. Eben dieser Meinung war auch Ge. Christoph. NELLER in Diss. de praescript. servitut. praedial. P. I. §. 5. Allein er hat sie nachher in einer neuern Diss. de praescriptione Glücks Erläut. d. Pand. 9. Th. R actio-

Allein weder die eine noch die andere von beiden Meinungen ist dem römischen Rechte gemäß. Die *L. 2. Cod. de servitut.* sagt ausdrücklich: *Servitutem exemplo rerum immobilium tempore acquiri*, welches offenbar keinen andern Sinn hat, als daß Servituten in eben der Zeit, wie unbewegliche Sachen, durch Verjährung erworben werden. Nun wird zwar allerdings in einigen Gesetzstellen⁹⁷⁾ von einer unvordenklichen Zeit gesprochen. Allein in diesen Stellen ist nicht von der Verjährung der Servituten die Rede; sondern es wird nur gesagt, daß eine Servitut, die seit undenklicher Zeit ausgeübt worden, für rechtmäßig constituirte zu halten sey, weil der Titel alsdann präsumirt wird⁹⁸⁾. Dies hebt aber die ordentliche Verjährung bey Dienstbarkeiten nicht auf.

b) Das canonische Recht hingegen stellt den Grundsatz auf, daß der, welcher das *ius commune*, oder wenigstens die Präsumtion wider sich hat, und diese streitet offenbar wider den, welcher *iura in re aliena* ausübt, stets einen gerechten Titel erweisen müsse, wenn er nicht eine unvordenkliche Verjährung für sich hat⁹⁹⁾. Hierdurch wäre denn also dem römischen Rechte derogirt, und es kann eine Servitut, wenn es an dem Beweis eines gerechten Titels fehlt, nur durch unvordenkliche Verjährung erwor-

actionum §. 25. Not.** (in *Opuscul. a LEUXNERO edit. Tom. I. P. III. Diff. XXI. pag. 62.*) selbst widerlegt und verworfen.

97) *L. 3. §. 4. D. de aqua quotid. L. 1. §. ult. D. de aqua et aquae pluvi. L. 2. pr. §. 3. et §. 7. D. eod.*

98) C. GROSS Geschichte der Verjährung S. 55. ff.

99) *Cap. 1. de praescript. in 6to.*

erworben werden, wie auch Thibaut ¹⁰⁰⁾ behauptet. In dessen fehlt es freylich nicht an Rechtsgelehrten ¹⁾, welche die Anwendung des *Cap. I. de praescript. in 6to* auf den Fall läugnen, da die Servitut mit Wissen des Eigenthümers, nicht bittweise, auch nicht gewalthätig ausgeübt worden ist. *Atque inde est*, sagt Schifordegher, *quod iuris praesumptio servitutem praescribenti non repugnet, quando sciente et patiente vicino servitus fuerit acquisita.*

Noch ist zu bemerken, daß an Sachen, deren Eigenthum nicht longo tempore erworben werden kann, sich auch in zehn und zwanzig Jahren keine Servitut erwerben lasse ²⁾. Denn Servituten sind Qualitäten der Grundstücke, d. h. das Recht derselben ist eine Qualität des Eigenthums der Grundstücke ³⁾. Was also vom Ganzen gilt, gilt auch vom Theil. Daher werden Servituten auf

K 2

fiskal

100) Ueber Besitz und Verjährung 2. Th. §. 36. S. III.

1) *Casp. SCHIFORDEGHER ad Ant. FABRUM Lib. I. Tract. VI. Qu. 5. pag. 49. und Ge. Christph. NELLER in Diff. de rebus praescribendis, et temporibus praescriptionum, praef. immemoriali. Sect. II. §. 19. pag. 31. et §. 24. pag. 38. (Opusc. Tom. I. P. III. Nr. 19.)*

2) S. Thibaut a. a. D. §. 36. S. 109.

3) *L. 86. D. de Verbor. Significat. Quid aliud sunt iura praediorum, quam praedia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo? d. h. die Servituten sind eben so bloße Qualitäten der Grundstücke, wie der gute Boden, die gesunde Lage, die Größe und der Umfang derselben. Man sehe auch L. 12. D. Quemadm. servitut. amitt. Vergl. DONELLI Commentar. iuris civ. Lib. IX. Cap. 21. pag. 477. und von Savigny Recht des Besizes. 5. Abschn. §. 46. S. 438. Not. 3.*

fiskalischen und Kirchengütern erst binnen vierzig Jahren erworben ⁴⁾).

Viele angesehene Rechtsgelehrte ⁵⁾, besonders die ältern Practiker, nehmen auch mit der Glosse ⁶⁾ an, daß servitutes discontinuae, welche nicht immer, sondern nur abgebrochen in gewissen Zeiten dürfen ausgeübt werden, nur durch einen unvordenklichen Besitz erworben werden könnten. Allein, auch ganz davon abgesehen, daß die possessio, cuius contrarii memoria non extat, nach dem römischen Rechte gar keine besondere Art der erwerbenden Verjährung, ja nicht einmal ein besonderer wahrer modus acquirendi iura et dominia rerum ist, sondern nur eine starke Vermuthung der rechtmäßigen Acquisition begründet, welche aber doch den Beweis des Gegentheils nicht ausschließt; so ist keine einzige Stelle aus dem Justinianischen Gesetzbuche aufzuweisen, worin in Ansehung dieser Arten der Servituten die praescriptio definita für unzureichend erklärt worden wäre. Man beruft sich zwar auf *L. 14. pr. D. de servitutib. L. 1. §. 23. L. 2. pr. D. de aqua et aquae plu. und L. 3. §. 4. D. de aqua quotid. et aestiva*. Allein in keiner von diesen Stellen werden

4) WALCH Diff. de praeser. servitut. constitutiva §. 27. in fin.

5) VASQUIUS Lib. II. Controv. illustr. c. 83. nr. 26. COVARRUVIAS Variar. Resolut. Lib. I. cap. 17. BRUNNEMANN Commentar. ad *L. 14. D. de Servitut.* MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XIII. §. 39. not. k. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XVIII. §. 7. MEVIUS Tom. II. P. IX. Obs. 164. GAIL Lib. II. Obs. 66. BARDILI Diff. de praescript. servitut. §. 35. Cramer Weßlar. Nebenstunden. Th. 14. St. 3. u. a. m.

6) Gloss. in *L. 2. Cod. de Servitut. vers. quaevisi*.

den die *servitutes discontinuae* besonders ausgezeichnet. Die L. 14. bezieht sich überhaupt nur auf die durch das Scribonische Gesetz aufgehobene Usucapion der *Servituten*, und die dort angeführten Gründe passen auf die *continuas* so gut, als auf die *discontinuas*. Es geschieht sogar der *servitutum praediorum urbanorum* ausdrücklich Erwähnung, die doch gewöhnlich *continuae* sind. Die übrigen Stellen reden zwar von einem unvordenklichen Besitz, allein daß dieser bey den *servitutibus continuis* nothwendig erfordert werde, wird nirgends gesagt. Hierzu kommt noch, daß Justinian in dem neuesten Gesetz, welches namentlich von der Verjährung der Dienstbarkeiten handelt, — L. 12. *Cod. de praescript. longi temp.* — keinen Unterschied in Ansehung der verschiedenen Arten der Dienstbarkeiten macht. Mit Recht verwerfen daher die neuern Rechtsgelehrten fast durchgehends jene Meinung als ungegründet⁷⁾. Sollte auch bey dieser oder jener Ser-

R 3

richts.

7) LEYSER *Medit. ad Pand. Spec. CVIII. medit. 1.* PUFENDORF *Observat. iur. univ. Tom. I. Obl. 32. §. 16. de coccenji iur. civ. controuv. Lib. VIII. Tit. 1. Qu. 6.* WERNHER *Observat. for. Tom. I. P. II. Obl. 435.* Struben rechtliche Bedenken 4. Th. Bed. 6. §. 22. RAVE *Doctr. de praescriptione §. 70–72.* WALCH *Controvers. iuris civ. Sect. III. cap. 3. §. 29.* Gebr. Overbeck *Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 3. B. Medit. 157. Car. Wilb. walch Diss. de praescr. servitut. constitutiva §. 28.* Ehibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 36. §. 108. Unter den ältern Rechtsgelehrten verdienen noch bemerkt zu werden Ant. FABER *Conjectur. iuris civ. Lib. XIX. cap. 9. 10. 11.* DONELLUS *Commentar. iur. civ. Lib. XI. cap. 11.* Ramos del MANZANO *Commentar. ad Tit. de Servitut. P. II. cap. 2. §. 7.* bey MEERMAN T. VII. pag. 64 und

richtsstelle nach selbiger seyn gesprochen worden, wie nicht geläugnet werden kann⁹⁾, so läßt sich doch daraus noch kein solcher Gerichtsgebrauch ableiten, welchen der teutsche Richter in einem andern Gerichtshofe bey Abfassung seines Rechtspruchs befolgen müßte. Und wenn gleich dieser Meinung selbst das ehemalige Reichskammergericht, wie man versichert¹⁰⁾, in seinen Entscheidungen nachgegangen wäre, so sind doch auch solche Entscheidungen für andere Fälle keine Gesetze, und man kann daher nicht sagen, daß deswegen das Justinianische Recht von der allgemeinen teutschen Gesetzgebung abgeändert worden sey¹¹⁾. Es bleibt also noch jetzt die einzige Norm, nach welcher diese Frage von der Verjährung der Dienstbarkeiten entschieden werden muß, sofern nicht die particulären Rechte eines Landes ein Anders verordnet haben sollten¹¹⁾. Endlich

IV. wird

und Io. D'AVEZAN *Servitut. libr. P. IX. Cap. 7.* bey MEERMAN T. IV. pag. 227.

8) *C. Confil. Tubingens. Tom. I. Confil. 34. nr. 61. sq. Tom. III. Conf. 219. nr. 25. sq. de CANNGISSER. Decision. Hasso-Cassellan. Tom. I. Decif. 9. HOFÄCKER T. II. §. 1102.*

9) *C. MYNSINGER Observat. cameral. Centur. IV. Obs. 6. et 53. und Cramer a. a. D.*

10) Man vergleiche hier vorzüglich Ernst Ferd. Kleins merkwürdige Rechtsprüche der Hallischen Juristen-Facultät. 4. Bd. Nr. XXII. S. 334. ff. wo man eine sehr gründliche Abhandlung vom H. Prof. Woltar unter dem Titel: *Servitutes discontinuæ* und *continuæ* sind in Ansehung des Zeitraums nicht unterschieden, der zu ihrer Erwerbung durch Besiz erforderlich ist, finden wird.

11) *J. B. in Sachsen. C. MÜLLER ad Leyserum T. I. Fasc. II. Obs. 257. pag. 290.*

IV. wird noch zuletzt erfordert, daß die Verjährung der Servitut nicht unterbrochen worden sey ¹²⁾. Der Erwerbende muß sich daher während der Verjährungszeit fortwährend in dem factischen Zustande befinden, auf welchen ihm die Verjährung ein Recht erteilen soll; der Eigenthümer hingegen muß fortwährend von der Freiheit seines Grundstücks keinen Gebrauch machen, ob er gleich die Ausübung der Servitut weiß ¹³⁾. Eine Unterbrechung der Verjährung (*usurpatio*) geschieht daher

a) dadurch, daß der bisher Statt gefundene Besitzstand ganz aufhört, es sey nun, daß der Erwerbende den bisher ausgeübten Quasibesitz selbst aufgibt, oder daraus verdrängt wird. Zwar läßt sich bey einer *iuris quasi possessio*, als einer unkörperlichen Sache, keine eigentliche Dejection denken ¹⁴⁾. Allein da bey Servituten der *usus iuris* Statt des Besitzes dient ¹⁵⁾, so ist eine *interruptio naturalis* hier insofern allerdings denkbar, als der Eigenthümer des dienstbaren Gutes die fernere Ausübung der Dienstbarkeit verhindert, und solche unmöglich macht, oder

auch

R 4

12) C. WALCH Diff. cit. §. 29.

13) L. 20 — 25. D. *Quemadm. servitut. amitt.* RAVE Principia doctrinae de praescript. §. 68. und THIBAUT über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 16.

14) L. 4. §. 27. D. *de usurpat. et usucap.* Si viam habeam per tuum fundum, et tu me ab ea vi expuleris, per longum tempus non utendo amittam viam, quia nec possideri intelligitur ius incorporale: nec de via quis mero iure detruditur. Daher ist auch hier das *Interdictum de vi* nie anwendbar. C. v. Savigny Recht des Besitzes. 5. Abschn. §. 46.

15) L. 20. D. *de Servitut.*

auch nur dieselbe dem Präscribenten verbietet, und letzter es bey dem Verbot bewenden läßt ¹⁶⁾. Dergleichen Verbot kann auch durch die nach heutigen Rechten erlaubte Pfändung realisirt werden, sofern sie nämlich auf eine gesetzmäßige Art unternommen wird ¹⁷⁾. Eine Unterbrechung kann ferner

b) dadurch geschehen, wenn der Eigenthümer die Negatorienklage gegen den Präscribenten anstellt, oder, wenn der Gegner abwesend ist, bey dem competenten Richter eine Protestation einlegt ¹⁸⁾. Jedoch wird in jenem Falle eine Citation des Beklagten erfordert, welche gegenwärtig allein schon die Stelle der sonst nöthigen *litis contestatio* vertritt ¹⁹⁾; in dem letztern Falle aber kann auch, in Ermangelung des ordentlichen Richters, die Protestation schriftlich vor einem Notar, oder vor drey Zeugen geschehen ²⁰⁾. Diese sogenannte *interruptio civilis* hat nun das Unterscheidende, daß sie die noch nicht vollendete Verjährung nur unterbricht, als der Kläger steigt, oder

16) C. CARPZOV *Iurispr. for. P. II. Const. VII. Definit. 8.* - und besonders *Christ. WINCKLER Diss. de interruptione usucapionis ac praescriptionis. Lipsiae 1793. Cap. II. pag. 39. sq.*

17) MEVIUS *P. I. Decis. 34.* STRUV *Synt. iuris civ. Exercit. XLIII. §. 27.* SCHILTER *Prax. iur. Rom. Exercit. XIV. §. 60.* STRYK *de iure pignoriandi. Cap. V. nr. 36.* HOMMEL *Rhapsod. Quaest. for. Vol. I. Observat. 109.* und KIND *Quaest. for. Tom. III. cap. 43.*

18) *L. 3. et 4. C. de praescr. 30. vel 40. annor. L. 2. C. de annali except.*

19) Vergleiche des 3. Theils 2. Abtheil. §. 236. a. C. 394. u. folg.

20) *L. 2. C. cit.*

oder den Prozeß liegen läßt, nicht insofern der beklagte Besitzer gewinnt ²¹⁾). Ob

c) die Verjährung auch dadurch unterbrochen werde, wenn der Besitzer das Grundstück, zu dessen Nutzen er bisher die Servitut ausgeübt hat, an einen Dritten veräußert, ist streitig. Dabelow ²²⁾ führt die Gründe für und wider die Sache an. So viel ist richtig, daß wenn der Besitz vorher interrumpirt war, dem Nachfolger der Besitz des Vorgängers nicht nütze ²³⁾. Geht hingegen der Besitz ununterbrochen aus einer Hand in die andere, so meinen viele ²⁴⁾, daß die Verjährung dadurch nicht interrumpirt werde, wenn auch mehrere Besitzer auf einander folgen, es sey von der Verjährung der Servituten oder anderer körperlicher Sachen die Rede. Dabelow ²⁵⁾ hingegen behauptet, daß bey der sogenannten praescriptio servitutum praetoria die accessio possessionis et usus schlechterdings ausgeschlossen sey, weil sie eine eigne für sich bestehende Verjährung ist, die weder nach der alten usucapio, noch nach der prätorischen longa possessione capio beure

21) Ehibaut über Besitz §. 17. C. 79.

22) Ueber die Verjährung. 2. Th. (Halle 1807.) §. 107. C. 21. folg.

23) L. 20. D. de usurpat. L. 15. §. 1. D. de div. tempor. praescript. Von diesem Falle will man auch die L. 32. §. 1. D. de servitut. praed. urb. verstehen. C. Ehibaut §. 18. C. 80.

24) Pet. BURGIIUS Elector. libr. Cap. 7. (bey Ev. OTTO in Thes. iuris Rom. Tom. I. pag. 321.) Greg. MAJANSIUS Disputat. iuris civ. Tom. II. Nr. 61. Christ. WINCKLER Diss. de interruptione usucap. et praescript. Cap. 3. Ehibaut a. a. D.

25) a. a. D. C. 23. ff.

beurtheilt werden dürfe. Da vollends die Voraussetzung, unter welcher das neue römische Recht accessionem possessionis bei der Verjährung gestattet, nämlich der iustus titulus und die bona fides, bei dieser außerordentlichen Verjährung gar nicht in Betrachtung kommen, so müsse alle Analogie wegfallen. Es komme hinzu, daß nach den Gesetzen der Pandecten der *diuturnus usus* und die *longa quasi possessio* unter der Voraussetzung, daß von dem andern nicht bewiesen werden kann, daß man heimlich, gewaltthätig, oder bittweise besitze, eine *servitutem praetoriam* begründen, woben eigener erworbener, und bis zum völligen Ablauf der Verjährungszeit auch eigener fortgesetzter Besitz und Gebrauch um so unerläßlicher sey, als durch den Hinzutritt der Zeit daraus die Vermuthung des Rechtstitels entspringe. Beide Meinungen lassen sich, nach meiner Ansicht der Sache, sehr wohl vereinigen, wenn man unterscheidet, ob der Verjährende, ausser der bona fide, auch einen rechtmäßigen Titel für sich hat, oder blos einen fehlerfreyen Besitz, der sich auf die *patientia* des Eigenthümers gründet. Im letzten Falle hat Dabelow vollkommen Recht. Hier ist der eigene erworbene und fortgesetzte Besitz und Gebrauch nicht von der Verjährung der Servituten zu trennen, sondern man muß vielmehr annehmen, daß, wenn der eigene erworbene und so fortgesetzte Besitz und Gebrauch nicht mehr vorhanden ist, auch die angefangene Verjährung selbst dadurch aufgehoben sey. Eben dies bringt auch schon die stillschweigende Bewilligung des Eigenthümers mit sich, auf welcher hier die ganze Rechtmäßigkeit der Verjährung beruhet. Es versteht sich jedoch von selbst, daß die Ausübung der Dienstbarkeit durch einen Andern auf den Namen

men des Erwerbenden der Verjährung nicht schade, wie ich schon oben No. I. bemerkt habe. In dem ersten Falle hingegen, da der Verjährende einen gerechten Titel hat, und daher keine Wissenschaft des Eigenthümers erfordert wird, steht der *accessio possessionis* auch bey der Verjährung der Servituten nichts entgegen, sondern hier ist der Besitz, ohne Unterbrechung der Verjährung, als fortwährend anzusehen, wenn gleich mehrere Besitzer auf einander folgen ²⁶⁾).

In solchen Fällen nun, da die Präscription unterbrochen worden ist, kann der Präscribens, wenn er den Besitz der Servitut verlohren hat, keinen Ersatz der zur Ausübung der Dienstbarkeit aufgewandten Unkosten fordern, sondern das auf dem dienstbaren Gute deshalb gemachte Werk fällt dem Eigenthümer desselben anheim ²⁷⁾.

§. 630.

Allgemeine Grundsätze von Servituten.

Ehe wir von den einzelnen Arten der Dienstbarkeiten handeln können, müssen wir, nach Anleitung unsers Verfassers, hier noch folgende allgemeine Grundsätze vorausschicken.

I. Es

26) *L. 11. C. de praescript. longi temp. L. 14. D. de div. tempor. praescript. L. 76. §. 1. D. de contrab. emt.*

27) *L. 2. Cod. de Servitutib. Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti: servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti. Quodsi ante id spatium eius usus tibi interdictus est, frustra sumtus in ea re factos praestari tibi postulas: cum in aliena possessione operis facti dominium, quoad in eadem causa manet, ad eum pertineat, cuius est possessio.*

I. Es wird im Zweifel nie vermuthet, daß eine Sache mit Servituten belastet sey. Denn die natürliche Freyheit des Eigenthums ist nicht bloß zu präsumiren, sondern sie ist eine nothwendige Folge desselben, und bedarf daher keines besondern Beweises. Hieraus folgt, daß derjenige, welcher die Eigenthumsrechte eines Andern durch Annäherung irgend einer Dienstbarkeit einzuschränken sucht, die Beweise seiner Annäherung beibringen, widrigenfalls sich derselben im Wege Rechts gänzlich enthalten müsse. Er hat also immer die Vermuthung gegen sich²⁸⁾. Ob ihm aber dieser Beweis auch dann noch zur Last falle, wenn er sich in den Quasibesitz der angemessenen Dienstbarkeit befindet, ist sehr streitig. Die Frage wird sich bey der Negatorienklage (§. 687.) besser erörtern lassen.

II. Servituten sind für das Grundstück, dessen Besitzer sie leiden müssen, beschwerlich; daher ist jede Dienstbarkeitsertheilung streng auszulegen, und jede Servitut so auszuüben, daß das Eigenthum des dienstpflichtigen Gutes so viel möglich geschonet werde²⁹⁾. Hieraus folgt weiter,

III. daß

28) C. Beher über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. 5. Abschn. S. 132. und Schneiders vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise. 2. Abth. Anmerk. XI. S. 434. C. auch WESTPHAL Interpretat. de lib. praed. §. 540. et 541.

29) L. 20. §. 5. D. de servitut. praed. urban. — Et omnino sciendum est, meliorem vicini conditionem fieri posse, deteriorem non posse: nisi aliquid nominatim, servitute imponenda, immutatum fuerit. Add. L. 22. D. de servitut. praed. rust. und WESTPHAL §. 549. Jedoch ist der Dominans ohne Zweifel zu allen demjenigen berechtigt, was die Natur der eingeräumten Dienst-

III. daß der Eigenthümer des berechtigten Grundstücks die ihm eingeräumte Servitut genau in den bestimmten Gränzen der Zeit und des Orts, auch zu keinem andern, als dem bestimmten Zweck, ausüben ³⁰⁾ dürfe; und eben so wenig ist eine Ausdehnung derselben über die Befähigungen des praedii dominantis erlaubt ³¹⁾. Endlich

IV. wenn Jemanden eine Servitut ist eingeräumt worden, die eben so gut auf einem gewissen Theile des Grundstücks, als auf dem ganzen Grundstück ausgeübt werden kann, so muß der Herr des dienenden Gutes gehört werden, wenn er Jenem die Servitut auf einem bestimmten Theile des Gutes anweisen will. Es darf auch der Berechtigte den Platz, den er einmal zur Ausübung der Servitut selbst gewählt hat, nicht nach Willkür ändern ³²⁾.

§. 631.

Persönliche Dienstbarkeiten. 1. *Ususfructus*. Begriff.

Nach vorausgeschickten allgemeinen Erörterungen über die Lehre von Dienstbarkeiten gehen wir nun zur speciellen Lehre

Dienstbarkeit mit sich bringt. L. 4. et 6. D. de usu et habitat. L. 6. D. de servitute legata.

30) L. 4. §. 1. et 2. D. de servitut. L. 5. §. 1. D. eodem. L. 24. L. 33. §. 1. D. de servitut. praedior. rusticor. L. 2. D. de rivis. L. 12. C. de servitut. Vergl. auch Christph. Lud. CRELL Observat. de servitutibus ad certum modum restrictis. Vitembergae 1751. und WESTPHAL § 543.

31) L. 5. §. 1. D. de servitut. praed. rusticor.

32) L. 9. D. de servitut. L. 13. §. 1. et 3. D. de servitut. praed. rust. L. 21. 22. et 26. D. eodem. WESTPHAL C. I. §. 548.

lehre von den einzelnen Arten der Servituten über, und zwar wird in diesem Buche der Pandecten zuerst von den gesetzlich persönlichen Dienstbarkeiten gehandelt. Deren giebt es vier: *ususfructus, usus, habitatio* und *operae servorum*. Letztere Art weicht jedoch von der Natur der übrigen in mancher Rücksicht ab, daher sie manche Rechtsgelehrten ³³⁾ gar nicht einmal hierher rechnen wollen. Jedoch davon Tit. VII. ein Mehreres. Ausser den benannten können auch manche Servituten, die sonst gewöhnlich dingliche sind, als persönliche ertheilt werden, wie Zellfeld hier bemerkt, und schon oben (S. 19. f.) vorgekommen ist ³⁴⁾. Die in diesem Buche der Pandecten als persönlich aufgeführten Dienstbarkeiten können nie als dingliche constituirte werden, sie sind also absolut persönlich. Unter diesen ist der *ususfructus*, welchem Worte unser Nießbrauch oder Nutznießung vollkommen

33) S. VINNIUS in Comm. ad rubr. Tit. de usufr.

34) Ueber die oben angeführte sehr bestrittene L. 14. §. 3. D. de aliment. legat. verdient noch Herm. CANNegieter Observat. iuris Rom. Lib. I. cap. 17. pag. 116. nachgesehen zu werden, welcher die gemeine Lesart: est servitus personae, zwar in Schutz nimmt, weil daß *personae tamen ei* etc. wie man nach der emendirten Lesart annimmt, die an ächte Latinität gewöhnlichen Ohren beleidige, (obwohl Ge. D'ARNAUD Variar. Conjecturar. Lib. I. cap. 8. pag. 64. der Meinung ist, daß man das *ei* mit *ius* auch ohne Bedenken vertauschen könnte, weil es öfters von den Abschreibern verwechselt worden sey). Allein statt: *tamen ei* liest er: *NEC tamen ei*. Vielleicht habe eine Semination der letzten Sylbe des vorübergehenden Wortes (*personae*) veranlaßt, daß *NEC* nachher weggelassen worden sey.

kommen entspricht, bey weitem die gewöhnlichste und wichtigste Servitut, von welcher nun zuerst zu handeln ist³⁵⁾.

Sobiel zuvörderst den Begriff vom *ususfructus* anbetrifft, so sagt Justinian³⁶⁾, ganz gleichlautend mit Paulus³⁷⁾: *Ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia*. Man hat gegen diesen Begriff eingewendet, daß er mangelhaft und zweydeutig sey³⁸⁾. Denn Erstens sey das *genus proximum* nicht richtig angegeben. *Ususfructus* sey kein bloßes *ius*, sondern eine persönliche Dienstbarkeit. Ein *ius utendi fruendi* könne auch ein Dritter haben, an welchen der *Usufructuar* die Nutznießung veräußert hat, aber keinen *ususfructus*³⁹⁾. Zweitens hätten die Worte: *salva rerum substantia* einen vieldeutigen Sinn, und würden daher auch von den Rechtsgelehrten verschiedentlich erklärt. Ich will gar nicht einmal erwähnen, was man gegen die Richtigkeit der Lesart erinnert hat, indem einige⁴⁰⁾ für *rerum* lieber

35) Io. Del CASTILLO, Marc. Aurel. GALVANUS und Ger. NOODT de *Usufructu* sind hier die vorzüglichsten Schriften.

36) *Pr. I. b. t.*

37) *L. 1. D. b. t.*

38) G. GALVANUS Cap. IV. §. 5. und Maur. God. BAUER Diff. de legato *ususfructus*. Specim. I. Lipsiae 1795. Cap. I.

39) *L. 8. §. ult. D. de peric. et commod. rei vend.*

40) Z. B. Fr. HOTOMANUS in Comm. ad *pr. I. h. t.* pag. 139. und P. BUSIUS in Comm. ad *L. 1. Pand. h. t.* Allein schon RICCIUS *Vindic. iuris* Cap. 8. Tom. II. *Thes. iuris Otton.* p. 778. nennt diese *emendatio inficibilissima*, weil uns an der Richtigkeit der Lesart weder Paulus *L. 1. D. b. t.* noch Theophilus in *Paraphr. gr. ad pr. I. h. t.* zweifeln lassen, wenn gleich freylich,

Heber earum lesen wollen. Denn darauf kommt gar nichts an. Nur der wahre Sinn dieser Worte interessirt uns. Nach einigen⁴¹⁾ sollen sie auf die Dauer des Nießbrauchs hindeuten. Tribonian selbst scheint zu dieser Erklärung Anlaß gegeben zu haben. Denn er setzt folgende Worte hinzu: Est autem ius in corpore: quo sublato, et ipsum tolli necesse est; welche er auch in den Pandecten L. 2. D. b. t. unter der Aufschrift: CELSUS lib. 18. Digestorum zur Erläuterung der Definition des Paulus beifügt, ohnerachtet Celsus weit früher als Paulus lebte, und gewiß die ihm zugeschriebenen Worte in einer ganz andern Beziehung geschrieben haben mag. Indessen erklärt auch Theophilus in seiner griechischen Paraphrase die Worte eben so: *quousque ipsae res primitivae supersunt*, (ὅσον αὐτὰ τὰ πρῶτότυνα σῶζεται πράγματα). Allein hätte Paulus nichts anders bey diesen Worten gedacht, so hätten sie, als überflüssig, und sich von selbst verstehend, eben so gut wegbleiben können, als das zu ihrer Erläuterung noch vom Theophilus beigebrachte Beispiel. Nicht zu gedenken, daß der Nießbrauch erlöschen kann, wenn gleich die nuznießliche Sache noch unversehrt vorhanden ist. Andere⁴²⁾ glauben daher, die Worte: *salva rerum* sub-

lich, auffer DONELLUS Lib. X. Commentar. iuris civ. cap. 2. nicht leicht ein anderer Ausleger in der Wiederholung des Wortes *rerum* eine besondere ἐμφασιν wahrnehmen möchte. Man sehe auch Io. Guil. MARCKARTI Interpretat. receptar. iuris civ. lection. Lib. II. cap. 23. §. 4.

41) Janus a COSTA, MURETUS, MERILLIUS und GIPHANIUS in Comm. ad pr. I. h. t.

42) Fr. HOTOMANUS, Comr. RITTERSHUSIUS, Fr. BALDUINUS, Herm. VULTEIUS, Arn. VINNIUS, Ev. OTTO u. a. m. in Comm. ad pr. I. h. t.

substantia, zielten auf die Pflicht des Nutznießers, die Sache so zu gebrauchen, daß sie nicht verdorben werde. Allein es ist viel eher zu glauben, daß Paulus auf das Wesen des Nießbrauchs, als auf die Pflicht des Usufructuars werde Rücksicht genommen haben. Galvanus ⁴³⁾ behauptet daher, Paulus habe durch die Worte: *salva rerum substantia*, blos die Qualität der Sachen bezeichnen wollen, die ein Gegenstand des Nießbrauchs seyn können. Der Sinn dieser Worte gehe also dahin: nur bei solchen Sachen finde der usufructus Statt, welche so beschaffen sind, daß sie durch den Gebrauch nicht aufgezehrt werden, sondern ihre Substanz behalten, um nämlich den wahren Nießbrauch von dem Quasiusufruct zu unterscheiden, welcher an fungiblen Sachen bestellet wird. Dem sey nun, wie ihm wolle, so läßt sich wenigstens nicht läugnen, daß der Begriff des römischen Juristen nicht deutlich ist, wenn ihn gleich mehrere neuere Rechtsgelehrten ⁴⁴⁾ beibehalten haben. Galvanus ⁴⁵⁾ substituirt daher folgenden Begriff: *Usufructus est servitus personalis utendi fruendi rebus, quarum substantia utendo non consumitur.* Um allen Zweideutigkeiten vorzubeugen, glaube ich, daß der Begriff vom Nießbrauche auf folgende Art am richtigsten zu bestimmen wäre, wenn man sagt, es sey diejenige persönliche Servitut, vermöge deren man die körperliche Sache eines Andern, zwar auf alle mögliche

43) Cit. loc. Cap. IV. §. 4. pag. 26. edit. Tubing.

44) G. MALBLANC Dig. T. I. §. 423. WESTPHAL §. 621. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 609.

45) Cit. loc. §. 6. pag. 27.

sache, der Natur derselben gemäße, aber doch solche Art gebrauchen und benutzen darf, daß sie nach geendigtem Gebrauche in Natur, sie sey übrigens durch ordnungsmäßige Abnutzung geworden, wie sie wolle, restituirt werden kann. Unter diesen Begriff lassen sich alle mögliche Fälle subsumiren. Uebersetzen wir hingegen die Worte: *Salva rei substantia*, mit den neuern Rechtsgelehrten, durch: unbeschadet der Substanz der Sache ⁴⁶⁾, oder ohne deren Verschlechterung ⁴⁷⁾; so gerathen wir in einen unvermeidlichen Widerspruch mit Ulpian ⁴⁸⁾, wenn dieser sagt: *Si vestis ususfructus legatus sit, scripsit POMPONIUS, quamvis heres stipulatus sit, finito usufructu vestem reddi, attamen non obligari promissorem, si eam sine dolo malo adtritam reddiderit*. Hier ist von einem vermachten Kleider-Ususfruct die Rede. Ich weiß zwar wohl, daß man darüber noch im Streit ist, ob es ein wahrer, oder nur ein Quasiususfructus sey, wovon §. 644. ein Mehreres. Es ist aber doch wohl unläugbar, daß Ulpian nicht nur hier, sondern auch an einem andern Orte ⁴⁹⁾, den Kleider-Mießbrauch vernünftigerweise für einen wahren ususfructus erklärt ⁵⁰⁾. Denn der Quasiususfructus leidet nicht die Restitution des durch den Gebrauch verschlechterten Mießbrauchsubjects, im Gegentheil ist

46) E. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 609.

47) E. KONOPAK Institutionen des röm. Rechts. (Halle 1807. 8.) §. 280.

48) L. 9. §. 3. D. usufructuar. quemadmod. caveat.

49) L. 15. §. 4. D. de usufructu.

50) Man sehe hier vorzüglich Fr. SCHORMANS Handb. des Civilrechts. I. B. Nr. I. C. 15. ff.

Ist dies eine Folge der Natur des wahren Nießbrauchs. Nun sagt hier Ulpian, welches sehr merkwürdig ist, wenn auch bey einem vermachten Kleider-Nießbrauche zwischen dem Erben und Vermächtnißnehmer ausdrücklich wäre stipulirt worden: *vestem reddi*, so brauche letzter dennoch das ihm zum Ususfruct vermachte Kleid nur so zu restituiren, wie es durch ordnungsmäßige Abnutzung (*sine dolo malo*) geworden ist, ohne dafür weiter etwas zu vergüten.

§. 632.

Eigenthum des usufructus, Object, und Entstehung desselben.

Der wahre usufructus ist immer ein Recht an einer fremden Sache. Man unterscheide davon das Benutzungsrecht des Eigenthümers selbst. Dieses wird zwar zum Unterschiede *usufructus causalis*, die Servitut hingegen *usufructus formalis* genannt. Allein, es ist schon bey anderer Gelegenheit bemerkt worden, daß diese Benennungen nicht geschicklich sind. Es giebt nur einen wahren usufructus. Dieser ist die Servitut ¹⁾. Das Recht des Eigenthümers, seine Sache zu benutzen, wird ausdrücklich in den Gesetzen davon unterschieden. Folgende Stellen beweisen dieses deutlich:

L. 5. pr. D. Si usufr. petet. wo Ulpian sagt: *Uti frui ius sibi esse, solus potest intendere, qui habet usufructum: dominus autem fundi non potest: quia,*

§ 2

qui

51) Man sehe vorzüglich Greg. MAJANSII *Diff. de usufructu proprietati coniuncto, et ab ea separato.* (in *BIUAD. Disputationib. iuris civ. T. I. Nr. 2.*)

qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatim non habet; nec enim potest ei suus fundus servire. De suo enim, non de alieno iure, quemque agere oportet. Quamquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo iure agere videatur, quam alieno: cum, invito se, negat ius esse utendi fructuario, vel sibi ius esse prohibendi.

L. 78. pr. D. de iure dot. Cum in fundo mariti, sagt Tryphonin, habens mulier usumfructum, dotis causa eum marito dedit: quamvis ab ea ususfructus decesserit, maritus tamen non usumfructum habet, sed suo fundo quasi dominus utitur, consecutus per dotem plenam fundi proprietatem, non separatam usufructu: nec est, quod non utendo maritus amittat.

In beiden Stellen wird nicht nur ausdrücklich gelaugnet, daß das Benutzungsrecht des Eigenthümers usufructus heiße, sondern es wird auch ein zweifacher Unterschied angegeben, nämlich der Eigenthümer könne seines Rechts wegen, wenn sich solches ein Anderer anmasse, nicht actione confessoria, sondern nur negatoria klagen, und dieses Recht gehe auch nicht so, wie der wahre usufructus, durch Nichtgebrauch verloren. Nun wird zwar in einigen Stellen ⁵²⁾ das Recht des Eigenthümers usufructus genannt, qui proprietatem comitatur; allein es geschieht nur unelgentlich, und blos in der Hinsicht, weil doch das Benutzungsrecht des Eigenthümers gleichsam als die Quelle anzusehen ist, aus welcher die Servitut des Nieß.

52) L. 126. §. 1. D. de verb. obligat. L. 21. §. 3. D. de except. rei iudic. L. 4. D. Si usufr. petet.

Nießbrauchs herfließt⁵³⁾. Es geschieht daher nur äusserst selten, daß dem Eigenthümer ein usufructus zugeschrieben wird, weil der weit bedeutendere Name *dominium* schon auch das Benutzungsrecht mit unter sich begreift. Es geschieht auch nur da, wo von der Bestellung eines wahren usufructus die Rede ist⁵⁴⁾. Ausserdem sagt Paulus⁵⁵⁾ ausdrücklich: *Usufructus non domini pars, sed servitutis est* (scil. species), oder wie Haloander liest, *servitus est*, welcher Lesart auch Majansius⁵⁶⁾ beistimmt. Diesem ist auch nicht entgegen, wenn eben dieser römische Jurist an einem andern Orte⁵⁷⁾ sagt: *Usufructus in multis casibus pars domini est: et extat, quod vel praesens vel ex die dari potest*. Denn nach der Erklärung der besten Ausleger⁵⁸⁾ will Paulus nur so viel sagen, in vielen Stücken habe der Nießbrauch, nämlich die Servitut, von welcher hier die Rede ist, Aehnlichkeit mit dem Eigenthume, und nehme dessen Eigenschaften und Wirkungen an. Daß dieses der wahre Sinn dieser Stelle sey, erhellet nicht

§ 3

nur

53) Man vergl. besonders GALVANUS c. l. cap. 2.

54) L. 4. D. Si usufr. petet. L. 63. D. de usufr.

55) L. 25. D. de Verbor. significat.

56) Cit. Diff. II. §. 58. pag. 50.

57) L. 4. D. b. t.

58) Iac. CUJACIUS in Comm. ad Tit. Dig. de pactis ad L. 27.

§. 8. d. Tit. Rad. FORNERIUS Rerum quotidianar. Lib. II. cap. 13. (bey OTTO in Thes. iur. Rom. Tom. II. pag. 175.)

Arn. VINNIUS Commentar. ad princ. I. de Usufructu nr. 5.

Ger. NOODT de Usufr. cap. 2. (Operum Tom. I. pag. 389.)

Aur. GALVANUS cap. 26. pag. 315. und Pet. de GREVE Exercitat. ad Pand. loca difficil. Exerc. X. pag. 213.

nur aus dem beigefügten Beispiel, nämlich der *ususfructus* könne, so wie das Eigenthum, einem andern entweder unbedingt, oder auf eine solche Art gegeben werden, daß er ihn erst künftig, nach Ablauf einer gewissen Zeit, erhalten soll⁵⁹⁾; sondern es haben auch schon längst die griechischen Scholasten⁶⁰⁾ jene Stelle immer so verstanden, welche die Worte *pars domini est* erklären durch *μιμείται τὴν δεσποτείαν*, i. e. *dominium imitatur*. Wenn dem allen aber ist dennoch nicht zu läugnen, daß der sogenannte *ususfructus causalis* zuweilen die Eigenschaft des wahren Nießbrauchs (*ususfructus formalis*) annimmt. Dies ist der Fall, wenn dem einen der *fundus*, einem andern der *ususfructus* desselben, oder wenn zweien der Nießbrauch eines Grundstücks gemeinschaftlich, und einem Dritten nebst der *Proprietät* auch zugleich der *ususfructus* vermacht worden ist. Hier wird derjenige, welcher nebst der *Proprietät* den Nießbrauch, also den sogenannten *usumfructum causalem* hat, sowohl in Rücksicht auf das *ius accrescendi* als den Verlust des Nießbrauchs, wie nicht minder in mehreren andern Stücken dem wahren *Usufructuar* gleich gehalten. Folgende Stellen dienen zum Beweis.

L. 3. §. 2. D. de usufructu accresc. Non solum autem, si duobus usufructus legetur, est ius accrescendi; verum et si alteri usufructus, alteri fundus legatus est: nam amittente usumfructum altero, cui erat legatus, magis iure accrescendi ad alterum pertinet,

59) Mehrere Beispiele führt WESTPHAL §. 634. pag. 415. an.

60) Vid. *Basilica* Tom. II. Lib. XVI. Tit. I. in Schol. pag. 263.

uinet, quam redit ad proprietatem. Nec novum: nam et si duobus ususfructus legetur, et apud alterum sit consolidatus, ius accrescendi non perit, neque ei, apud quem consolidatus est, neque ab eo: et ipse, quibus modis amitteret ante consolidationem, iisdem et nunc amittet. Et ita et *Neratio* et *Aristoni* videtur, et *Pomponius* probat.

L. 4. eodem. Si tibi proprietas fundi legata fuerit, mihi autem et *Maevio* et tibi eiusdem fundi ususfructus: habebimus ego et *Maevius* trientes in usufructu, unus triens proprietati miscebitur. Sive autem ego, sive *Maevius*, capite minuti fuerimus, triens inter te et alterutrum nostrum dividetur: ita ut semissem in usufructu habeat is, qui ex nobis capite minutus non fuerat, ad te proprietates cum parte dimidia ususfructus pertineat.

Es sind hier zwei Fälle angegeben, wo der usufructus causalis mit dem formali concurrirt. Erstlich, wenn dem Einen der fundus, dem Andern der usufructus desselben ist vermacht worden. Hier gebührt dem ersten so gut, wie dem letztern, der Nießbrauch, wenn es auch gleich nicht ausdrücklich gesagt ist. Denn man legte diese Bedeutung dem Worte fundus bey, daß sie den Nießbrauch einschloß⁶¹⁾. Beide sind also in Absicht auf den Nießbrauch als legatarii coniuncti zu betrachten, zwischen welchen das Accrescenzrecht Statt findet. Fällt nun der

§ 4

weg,

61) *L. 6. pr. D. de usufr. ear. rer. L. 19. D. de usu et usufr. leg.* Man sehe *Io. SCHILTERI Herennius Modestinus. (Argenterati 1687. 4.) Cap. 9.*

weg, dem der Nießbrauch vermacht worden ist, so geschieht keine Consolidation, sondern der vakante Nießbrauch fällt dem andern, dem der fundus vermacht worden ist, vermöge des Anwachsungsrechts zu. Der Unterschied besteht darin, daß der vermachte Nießbrauch mit allen vom Testirer darauf gelegten Lasten accrescirt, dahingegen die Consolidation ohne alle Beschwerde geschieht. Eben so würde aber auch im umgekehrten Falle das Anwachsungsrecht eintreten. Denn wenn zweyen der Nießbrauch vermacht ist, und er wird nachher in der Person des einen mit der Proprietät consolidirt, weil er das Eigenthum z. B. durch Kauf oder Schenkung an sich gebracht hat; so verliert dadurch der vermachte Nießbrauch die Eigenschaft des *ususfructus formalis* nicht⁶²⁾. Er kann daher in der Person des Proprietars verloren gehen und accresciren, eben so, als wenn keine Consolidation geschehen wäre. Der andere Fall ist, wenn demjenigen, welchem der Testirer die Proprietät eines fundus vermacht hat, mit mehreren zugleich der Nießbrauch ausdrücklich vermacht worden ist. Dieser Fall unterscheidet sich von dem vorigen darin, daß hier der Proprietar, dem mit mehreren der Nießbrauch ausdrücklich vermacht worden ist, nicht die Hälfte, die er ohne Vermächtniß als *legatarius fundi* erhalten würde⁶³⁾, sondern nur ein Drittel erhält. Dieser Triens ist nun zwar, insofern er mit der Proprietät verbunden ist, ein *ususfructus causalis*. Allein er hat hier ganz die Natur

62) L. 6. pr. D. de usufr. accresc. Vid. Ios. Christ. MERTEN
Diff. de Usufructu adcrecendo. Erfordiae 1773. §. 9.

63) L. 9. D. de usufr. accresc. L. 26. §. 1. D. de usu et usufr. leg.

Natur des usufructus formalis. Es tritt daher das *ius accrescendi* ein, wenn etwa einer der Mitnuznießer seinen Antheil verliert, er sey, wer er wolle, wenn auch der *legatarius proprietatis* die Proprietät, mit Vorbehalt des Nießbrauchs, an einen Dritten veräußert haben sollte ⁶⁴⁾.

Der Nießbrauch ist ferner ein höchst persönliches Recht im subjectiven Sinn. Er kann daher

1) von der Person desjenigen, dem er zusteht, nicht getrennt werden ⁶⁵⁾. Hieraus erklärt sich, warum derjenige, dem der usufructus vermacht ist, wenn er denselben wieder einem Andern zu restituiren gebeten worden, dennoch auch nach geschעהener Restitution der eigentliche wahre Usufructuar bleibt. Denn der Fideicommissar erlangt durch die ihm geschעהene Restitution nur die *possessio* nem usufructus, nicht das *dominium*, wie Julian ⁶⁶⁾ sagt. Dies hat nun die Folge, daß wenn der letztere den Nießbrauch verliert, derselbe wieder an den Legatar zurückkehrt ⁶⁷⁾. Nach dem Civilrecht würde auch der usufructus erlöschen, wenn der Legatar stirbt, oder eine *capitis deminutio* erleidet ⁶⁸⁾. Allein der Prätor schützt den Fideicommissar bey dem Besiz des Nießbrauchs, nicht anders,

64) L. 5. D. de usufr. accresc. C. Henr. a SURRIN Quaestion. de usufructu accrescendo lib. un. bey OTTO in. *Thes. iur. Rom.* T. IV. pag. 107. und WESTPHAL §. 624. pag. 406. sq.

65) L. 3. §. 3. D. Quib. mod. usufr. amitt.

66) L. 3. D. Si usufr. petetur.

67) L. 17. pr. D. de legat. II. WESTPHAL §. 942. pag. 662. Not. c.

68) L. 29. D. de usu et usufr. legat.

anders, als wenn er diesem selbst wäre unmittelbar vermacht worden ⁶⁹⁾. Er kann daher auch *actione utili* ins eignen Namen klagen ⁷⁰⁾.

Hieraus erklärt sich ferner, warum der *Usufructuar* zwar die Ausübung seines Rechts, so lange er lebt, einem Andern durch Kauf oder Schenkung überlassen, aber das Nießnießungsrecht selbst keinem Andern, als dem *Proprietar*, cediren könne ⁷¹⁾. Nam qui emit *usumfructum*, vel cui donatus est, is *utitur nomine usufructuarii*. Et ideo, si vendidero *usumfructum*, etiamsi emtor non utatur, *videor usumfructum retinere*. Quia, qui pretio utitur, non minus habere intelligitur *usumfructum*, quam qui principali re utitur fruitur ⁷²⁾. Von der Cession des Nießbrauchs wird unten (§. 634.) noch mehr gesagt werden.

Hieraus erklärt sich ferner, warum der *Usufructuar* den *Proprietar*, als seinen Schuldner, in Rücksicht des Nießbrauchs nicht delegiren könne. Hat der *Proprietar* den

69) L. 29. cit. Si quis *usumfructum* legatum sibi alii restituere rogatus sit, eumque in fundum induxerit fruendi causa: licet iure civili morte et capitis deminutione ex persona legatarii pereat *usufructus*, quod huic ipso iure adquisitus est; tamen Praetor iurisdictione sua id agere debet, ut idem servetur, quod futurum esset, si ei, cui ex fideicommissio restitutus est, legati iure adquisitus fuisset. Add. L. 4. D. Quib. mod. *ususfr. amitt.*

70) L. 29. §. 2. D. Quib. mod. *ususfr. amitt.*

71) L. 12. §. 2. L. 67. D. h. t. L. 8. §. 2. D. de peric. et commod. rei vend. §. 3. I. de *Usufr.*

72) L. 38. et L. 39. D. h. t.

Dennoch auf Verlangen des Usufructuars dem Gläubiger desselben den Nießbrauch cedirt, so ist zwar die Delegation nach dem strengen Recht ungültig, und das Recht des Nießbrauchs dauert in der Person des Usufructuars fort. Allein wollte letzter aus diesem Grunde den delegirten Nießbrauch in Anspruch nehmen, so würde ihm billig die *exceptio doli* entgegengesetzt werden können. Diese Einrede findet sogar alsdenn noch Statt, wenn der Delegatar vor dem Usufructuar sterben sollte, und der Nießbrauch wieder an den Proprietar zurückgekommen wäre. Denn der letztere hätte sich's auch müssen gefallen lassen, wenn der Delegatar den Usufructuar überlebt hätte⁷³⁾.

2) Der Nießbrauch ist blos auf die Lebenszeit des Usufructuars beschränkt. Daher sagt Modestinus⁷⁴⁾ mit Recht: *Titio, cum morietur, usufructus inutiliter relinqui intelligitur; in id tempus videlicet collatus, quo a persona discedere incipit*. Durch den Tod des Usufructuars hört demnach der Nießbrauch dergestalt auf, daß eine Wiedernerneuerung desselben, die sonst auf jeden Fall des Verlusts festgesetzt werden kann, dennoch auf den Todesfall

73) L. 4. D. de novat. et delegat. S. MAJANSIUS cit. Diff. II. §. 36. p. 35. und POTIER Pandect. Justin. Tom. III. Lib. XLVI. Tit. 2. Nr. XVI. Not. f. et g. pag. 346.

74) L. 51. D. h. t. Eben so sagt Paulus L. 5. D. de usu et usufr. leg. *Usumfructum, cum moriar, inutiliter stipulor: idem est in legato, quia et constitutus usufructus morte intercidere solet*. S. Io. van NISSEN Diff. ad fragmenta, quae in Digestis ex Herennii Modestini novem libris Differentiarum superant. (Lugd. Batav. 1752.) Cap. 10. init.

fall ganz vergeblich ist, wosern nicht etwa der Nießbrauch den Erben zugleich legirt worden wäre⁷⁵⁾.

Soviel hiernächst den Gegenstand des Nießbrauchs anbetrifft, so können eigentlich nur körperliche, und zwar nicht fungibele Sachen zu einem wahren ususfructus gegeben werden. Darin waren, nach dem Zeugniß des Celsus⁷⁶⁾, alle Rechtsgelehrten einverstanden: *usumfructum esse ius in corpore*. Eben diesen Satz hat Justinian, als ganz unbestritten, in seine Institutionen⁷⁷⁾ aufgenommen, und Theophilus⁷⁸⁾ erklärt ihn in seiner griechischen Paraphrase in den Worten: *ἀσώματος ἐστὶν ὁ οὐσίου φροντος, κατηγορεῖται δὲ σωματικῆς, ususfructus est incorporealis, sed praedicatur de re corporali*, so deutlich, daß gar kein Zweifel übrig bleibt. Unkörperliche Sachen, z. B. nomina, d. i. aussenstehende Kapitalien, sind also kein Gegenstand des wahren Nießbrauchs, sondern es läßt sich hier nur analogisch ein sogenannter quasi ususfructus denken, von welchem Tit. 5. handelt. Ulpian⁷⁹⁾ rechnet ausdrücklich den ususfructus nominum zum Quasiususfruct. Er sagt nämlich: *Post quod (sc. Senatusconsultum,*

75) L. 5. pr. D. *Quib. mod. ususfr. amitt.* Repeti potest [legatus] ususfructus amissus qualicunque ratione: *dummodo non morte, nisi forte heredibus legaverit.* Vid. WESTPHAL §. 954. not. 837.

76) L. 2. D. b. 1.

77) Princ. I. b. 1.

78) Paraphr. graec. ad princ. I. h. t. Tom. I. pag. 272. edit. Reitz.

79) L. 3. D. *de usufr. ear. rer. quae usu conf.*

tum, quod Tiberii tempore de quasi usufructu est conditum, wovon Ulpian in der unmittelbar vorhergehenden Stelle geredet hatte) omnium rerum usufructus legari poterit. An et nominum? NERVA negavit: Sed est verius, quod CASSIUS et PROCULUS existimant, posse legari. Es war hier nicht der Streit darüber, ob der usufructus nominum ein verus oder quasi usufructus sey. Denn das Erstere zu behaupten, ist nie einem römischen Juristen eingefallen, und unbegreiflich ist es, wie der mir sehr achtungswerthe Lauterbach ⁸⁰⁾ hat schreiben können: *Nominum autem non quasi, sed magis verus datur fructus.* Der Streit zwischen Nerva, Proculus und Cassius war vielmehr der, ob nach dem gedachten Senatusconsultum der usufructus nominum nicht wenigstens als ein quasi usufructus gültig vermacht werden könne, welches Nerva läugnete ⁸¹⁾. Daß bey Capitallen nur ein quasi usufructus Statt habe, ist vollends ausser allem Zweifel, wenn man erwägt, daß bey diesen die in dem Senatusconsultum vorgeschriebene Caution geleistet werden muß ⁸²⁾.

Allein die Sachen müssen nicht bloß körperliche, sondern auch nicht fungibele seyn, welche ein Gegenstand des wahren

80) Colleg. theor. pract. Pand. Lib. VII. Tit. 5. §. 6.

81) Man vergleiche hier vorzüglich Car. Frid. WALCH Progr. Controversiam de usufructu nominis inter veteres Ictos agitatam exponens. Ienae 1758.

82) L. 24. D. de usu et usufr. leg. Man sehe Car. Frid. WALCH Diss. de usufructu nominum maritali. Ienae 1767. §. 8—10. (Opusc. Tom. I. Nr. 4.)

wahren Nießbrauchs seyn sollen. Justinian ⁸³⁾ befehrt uns hierüber auf folgende Art: *Constituitur autem ususfructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in servis et iumentis, et ceteris rebus: [exceptis iis, quae ipso usu consumuntur]*. Nam hae res neque naturali ratione, neque civili recipiunt usumfructum. Es kann also an solchen Sachen, welche durch den Gebrauch, wozu sie vernünftigerweise ganz oder zum Theil bestimmt sind, sogleich und auf einmal ganz oder zu dem bestimmten Theile aufgezehrt werden (*res fungibiles*), kein wahrer Nießbrauch gegeben werden. Dahin gehören unstreitig Geld, dergleichen Eß- und Trinkwaaren. Es ist aber ein offener Irrthum, wenn in der angeführten Stelle der Institutionen auch Kleider (*vestimenta*) zu den fungiblen Sachen gerechnet werden, wie auch Westphal ⁸⁴⁾ ganz richtig bemerkt hat. Denn wie wenig es hier dem Kaiser Justinian ein Ernst gewesen sey, das Recht der Pandecten ⁸⁵⁾, in welchem der vermachte Kleidernießbrauch für ein wahrer *ususfructus* erklärt ist, abzuändern, ist daraus offenbar, weil an einem andern Orte der Institutionen ⁸⁶⁾ der Kleidergebrauch ohne Unterschied als Gegenstand

83) §. 2. I. b. t.

84) De libert. et servitut. praedior. §. 626. et 627. Man sehe auch VINNII Commentar. ad §. 2. I. h. t. Guil. Otto REITZ ad Theophili Paraphras. graec. Instit. §. 2. h. t. not. kk. Tom. I. pag. 273. meint, Justinian rede bloß vom Tuch zu Kleidern, nicht von gemachten Kleidern.

85) L. 15. §. 4. D. b. t. L. 9. in fin. D. Usufr. quemadm. caveat.

86) §. 5. I. de locat. conduct.

Stand des Nießcontracts anerkannt wird, welcher doch seiner Natur nach nur an nichtfungiblen Sachen Statt haben kann ⁸⁷⁾. Es versteht sich übrigens, daß der Gegenstand des Nießbrauchs auch eine solche Sache seyn müsse, welche dem Usufructuar wirklich nützt, wenn sie ihm auch nur einen wissenschaftlichen Nutzen, oder auch nur ein intellectuelles Vergnügen gewährt. So kann mir z. B. Jemand den usufructum von seinem Münzcabinet, ferner von seinen Gemälden, Statuen und Kupferstichen verschaffen. Jedoch kann sich der Usufructuar in dem ersten Falle der Münzen nur als Gemmen oder Medaillen bedienen, und daraus Nutzen und Vergnügen schöpfen. Dies ist unstreitig der Sinn, wenn Pomponius ⁸⁸⁾ sagt: *Numismatum aureorum vel argenteorum veterum, quibus pro gemmis uti solent, usufructus legari potest.* Denn die Redensart: *veteribus numismatibus uti pro gemmis*, heißt nicht, wie es Donellus ⁸⁹⁾ und Connanus ⁹⁰⁾ erklären, sich der Münzen statt der Knöpfe auf dem Hut oder Rock zur Zierde bedienen, oder sie als Halsgehäng vor der Brust tragen, wie die Glossen des Accursius erklärt, sondern vielmehr *numismatibus uti, non tanquam numerata pecunia, sed tanquam gemmis, id est, ad eum modum, ad quem gemmis uti solemus, quarum usus est animi oblectatio ex earum cum collectione, tum contemplatione,*

87) C. SCHOEMANS Handbuch des Civilrechts. I. B. Nr. I. C. 15—23.

88) L. 28. D. h. t.

89) Commentar. iur. civ. Lib. X. cap. 3. in fin.

90) Commentar. iur. civ. Lib. IV. cap. 1. nr. 2.

nione, wie Ger. Noodt⁹¹⁾ diese Stelle richtiger erklärt hat. In dem letztern Falle hingegen besteht der usufructus darin, daß der Usufructuar die Gemälde und Statuen zur Erde und Bewunderung in seinem Hause aufstellen oder aufhängen kann. Hierher gehört, wenn Marcian⁹²⁾ sagt: *Statuae et imaginis usumfructum posse relinqui, magis est; quia et ipsae habent aliquam utilitatem, si quo loco opportuno ponantur.* Es thut übrigens nichts, wenn die Sache, woran mir der Nießbrauch ist eingeräumt worden, auch anfangs noch unbrauchbar seyn sollte, genug, wenn sie nur noch in der Folge brauchbar wird⁹³⁾.

Man kann auch den Nießbrauch sowohl von seinem ganzen Vermögen, als von einzelnen Sachen vermachen⁹⁴⁾. In dem ersten Falle beschränkt sich der Nießbrauch nicht bloß auf dasjenige Vermögen, welches der Testirer zur Zeit des errichteten Testaments bereits erworben hatte, wie Castillo Sotomayor⁹⁵⁾, Gerh. Noodt⁹⁶⁾ u. Bayer⁹⁷⁾ behaupten, sondern er erstreckt sich ohne Zweifel auch auf das

91) Observation. Lib. I. cap. 5. und de Usufructu Lib. I. cap. 4.

Man sehe auch Iac. Cujacii Observat. Lib. X. cap. 37. Guil. BUDAEUS de aße et partibus eius Libr. V. pag. 945. edit. Rechenberg. und GALVANUS cap. 32. nr. 1.

92) L. 41. D. de usufr.

93) PAULUS Lib. III. Sentent. recept. Tit. 6. §. 18. L. 12. §. 3. L. 55. D. h. t. NOODT de usufr. Lib. I. Cap. 4. und GALVANUS cap. 31. nr. 6.

94) L. 29. L. 34. §. 2. D. h. t. L. 37. D. de usu et usufr. leg.

95) de Usufructu cap. 44.

96) De usufructu Lib. I. cap. 23. Tom. I. Oper. pag. 445.

97) Diss. de legato usufructus Specim. I. cap. 4. pag. 31.

das nach der Errichtung des Testaments noch erworbene Vermögen, und hat also das ganze Vermögen zum Gegenstande, was der Testator zur Zeit seines Todes hinterlassen hat. Es folgt dies schon daraus, weil das Vermögen erst durch den Tod des Testators seine Gültigkeit erhält, und es überhaupt eine Regel ist, daß die Größe des Vermögens eines Verstorbenen nach dem Bestand desselben zur Zeit des Todes des Erblassers zu beurtheilen sey⁹⁸⁾. Für unsere Meinung spricht ferner auch die Verordnung⁹⁹⁾, die Justinian in einem solchen Falle zum Besten der Kinder gemacht hat, da der Mutter derselben der Mißbrauch des ganzen Vermögens in dem väterlichen Testament ist ausgesetzt worden. Es können daher diejenigen Gesetze¹⁰⁰⁾ in gar keine Betrachtung kommen, in welchen gesagt wird: *Si ita esset legatum, vestem meam, argentum meum, damnas esto dare, id legatum videtur, quod testamenti tempore fuisset: quia praesens tempus semper intelligeretur, si aliud comprehensum non esset.* Ich will hier gar nicht berühren, was Jenzius¹⁾ gegen diese Verordnung überhaupt erinnert hat. Denn, da dieselbe ganz klar ist, und auch in mehreren Stellen vorkommt, so kann dergleichen Raisonnement, wie

98) L. 73. pr. D. ad L. Falcid. §. 2. I. cod. L. 6. C. de inoff. testam.

99) Nov. XVIII. cap. 3. C. den 7. Th. dieses Commentars §. 546. C. 79. folg.

100) L. 7. D. de auro et arg. leg.

1) Strictur. ad Rom. iuris Pand. pag. 284. sqq.

wie auch schon Westphal²⁾ ganz richtig bemerkt hat, durchaus nicht passen. Allein wie wenig dieser Grundsatz in einem solchen Falle gelten könne, da von einer *universitas bonorum* die Rede ist, erhellet daraus, weil hier nach klaren Gesetzen³⁾ der Zuwachs, bis zur Zeit des Todes des Testators, dem Legatar gehört. Ich übergehe andere Gründe, und verweise auf Voet⁴⁾, der hierin ganz mit mir einverstanden ist. Der Nießbrauch, welcher Jemandem von einem ganzen Vermögen vermacht worden ist, begreift nun zwar auch die aussenstehenden Kaputtellen des Erblassers in sich⁵⁾. Denn Ulpian⁶⁾ gedenkt ausdrücklich auch des *ususfructus calendarii*. *Calendarium* aber hieß das Buch, worin jeder römische *Paterfamilias* die Namen seiner Schuldner einschrieb, welche ihm Zinsen zu bezahlen hatten. Denn diese wurden alle Monate (an den Kalenden) bezahlt⁷⁾. *Ususfructus calendarii*.

2) System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten §. 586.

3) L. 8. §. 8. D. de peculio leg. §. 20. I. de legat. L. 57. §. 2. D. de peculio. L. 20. §. 1. D. de ann. legat. L. 89. §. 1. D. de legat. II.

4) Commentar. h. t. §. 15.

5) L. 49. in fin. D. de Verb. Signif.

6) L. 37. D. de usu et usufr. leg. Uxori meae usufructum lego bonorum meorum, usque dum filia mea annos impleat octo-decim. Quaesitum est, an praediorum tam rusticorum, quam urbanorum, et mancipiorum, et supellectilis, itemque *calendarii ususfructus* ad uxorem pertineat? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, omnium pertinere.

7) G. Ios. AVERANIUS Interpretation. iuris Lib. II. cap. 28. nr. 5. et 6. und Ger. NOODT de fœnore et pûris Lib. II. cap. I.

darin ist daher der Zinsgenuß von den ausstehenden Kapitalien des Erblassers⁸⁾. Allein es kann doch ein solcher Nießbrauch nur von denjenigen Gütern verstanden werden, welche nach Abzug der Schulden des Erblassers übrig sind⁹⁾. Denn es ist überhaupt schon die Regel bekannt:

M 2

Bona

8) NOODT de Usufr. Lib. I. cap. 23.

9) L. 43. D. de usu et usufr. leg. Nihil interest, utrum bonorum quis, an rerum tertiae partis usufructum legaverit. Nam si bonorum usufructus legabitur, etiam aes alienum ex bonis deducetur, et, quod in actionibus erit, computabitur. At si certarum rerum usufructus legatus erit, non idem observabitur. Mit dieser an sich ganz. klaren Stelle hat die Kritik auf mancherley Art ihr Spiel getrieben. Einige wollen mit. H a l o a n d e r. Non nihil interest lesen, andere mit der Vulgata: Multum interest. Anton Faber Conjecturar. iur. civ. Lib. I. cap. 14. billigt nicht nur die letztere Lesart, sondern setzt auch statt: rerum tertiae partis, rerum certarum. HERALDUS Rerum indidicatur. Lib. II. cap. 3. und Hugo GROTIUS in Florum spars. ad Ius Iustinian. h. L. pag. 201. lesen hingegen rerum certae partis, i. e. certarum rerum. Ger. NOODT Observat. Lib. I. cap. 12. und de Usufr. Lib. I. cap. 23. hält zwar alle jene Emendationen für unnöthig, glaubt aber doch, daß bey den Worten: et, quod in actionibus etwas fehle, und so gelesen werden müsse: et, si rerum, quod in actionibus erit etc. Allein CORN. VAN BYNCKERSHOEK Observation. iuris Rom. Lib. II. cap. 24. hat gezeigt, daß auch diese Noodt'sche Emendation so unnöthig sey, als jene seiner Vorgänger. Der Sinn der Stelle geht dahin, es sey kein Unterschied, ob der Nießbrauch von einer certa pars bonorum, oder certa pars rerum vermacht worden sey; denn in dem einen Falle, wie in dem andern, müßten die Schulden des Erblassers abgerechnet, aber auch die Forderungen des Erblassers, d. i. seine ausstehenden Kapitalien dazu gerechnet werden. Denn dies ist der Natur einer legitimen universitas gemäß.

Bona intelliguntur cuiusque, quas deducto aere alieno supersunt ¹⁰⁾). Es erstreckt sich auch derselbe so wenig auf den Pflichttheil der Nothverben ¹¹⁾, als auf die dem Erben der Proprietät gebührende Quarta Falcidia ¹²⁾. Ist Jemand dem der Nießbrauch von einem Theile des Vermögens ohne weitere Bestimmung vermacht, so gebührt ihm nach Vorschrift der Gesetze der Nießbrauch von dem halben Vermögen

gemäß. Die Benennungen *bona* und *res* sind auch völlig gleichbedeutend. Daß hier gerade des dritten Theils der Güter gedacht wird, bezieht sich auf eine Verordnung der *Lex Julia et Papia Poppaea*, nach welcher Ehegatten, außer dem zehnten Theil der Güter, den sie *matrimonii nomine* von einander erben, sich auch noch den Nießbrauch von dem dritten Theil der Güter vermachen konnten. *L. 48. D. de usuris. L. 10. D. de praefr. verbis.* S. 10. Gottl. HEINZSCH Commentar. ad *Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. cap. 14. §. 5.* Ist hingegen bloß der Nießbrauch von einzelnen Sachen vermacht, so kommen die Schulden des Erblassers so wenig, als seine ausstehenden Schuldforderungen in Betrachtung.

10) *L. 39. §. 1. D. de Verbor. Significat. L. 69. D. ad Leg. Falcid.*

11) *Nov. XVIII. cap. 3.* Hierdurch ist also der *L. 37. D. de usu et usufr. leg.* und der *L. 18. in fin. C. de excusat. tutor.* derogirt worden. S. BAUER *Diss. de legato usufructus. Cap. 5.*

12) *L. 29. D. b. t. Omnium bonorum usumfructum posse legari, nisi excedat dodrantis aestimationem, Celsus lib. 32. Digestorum et Iulianus lib. LXI. scribit, et est verius. Add. L. 1. §. 7. D. ad Leg. Falcid.* Man sehe auch BAUER *cit. loc. pag. 42. sqq.*

mögen des Erblassers¹³⁾. Es sind jedoch auch hier die Schulden des Erblassers vor allen Dingen abzurechnen. Es kann endlich der Nießbrauch auch von fremden Sachen vermacht werden, und er gilt unter eben den Bedingungen, unter welchen das Legat einer fremden Sache gültig ist. Es wird also vorausgesetzt, daß der Erblasser gewußt habe, daß die Sache, deren Nießbrauch er vermacht hat, eine fremde sey. Will der Eigenthümer dem Legatar den Nießbrauch seiner Sache nicht gestatten, so muß der Erbe denselben entweder durch Substitution einer andern Sache, oder dem Werthe nach entschädigen¹⁴⁾.

Endlich soviel die Entstehung dieser Servitut anbelangt, so wird sie zwar constituit, wie jede andere Servitut (§. 624.), doch hat der Nießbrauch das Unterscheidende, daß er sehr oft ipso iure Statt findet¹⁵⁾, und auch durch das ius accrescendi erworben werden kann, welches gewiß in dem Umfange, wie beim Nießbrauche, sonst bei keiner andern Servitut vorkommt¹⁶⁾. Doch ist hier auch in Ansehung der gemeinen Entstehungsgründe noch manches Besondere zu bemerken.

I. Wird der Nießbrauch durch eine letzte Willensverordnung constituit, so lassen sich verschiedene Fälle denken.

W 3

1) Der

13) L. 43. D. h. t. Etiam partis bonorum usufructus legari potest. Si tamen non sit specialiter facta partis mentio, dimidia pars bonorum continetur.

14) C. WESTPHAL §. 631. Not. 557. pag. 412.

15) Die hierher gehörigen Fälle sind schon obenorgetommen §. 627. C. 89.

16) Hiervon handelt Tit. 2. de usufructu accrescendo.

1) Der Testator kann Jemanden im Nießbrauche zum Erben einsetzen. Hier ist zu unterscheiden, ob neben demselben noch ein coheres universalis eingesetzt worden, oder nicht. In dem letzten Falle erhält der im Nießbrauche Eingesezte nicht blos den Nießbrauch, sondern den ganzen Nachlaß ¹⁷⁾. Dies hat aus dem Grunde keinen Zweifel, ne testator pro parte intestatus decessisse videatur ¹⁸⁾. Ein gleiches soll auch in dem Falle Statt finden, wenn Jemand allein, jedoch mit Ausnahme des Nießbrauchs, zum Erben eingesetzt worden ist. Hier meinen viele ¹⁹⁾, der Erbe bekomme mit dem ganzen Nachlaß auch den Nießbrauch, eben so, als wenn keine Ausnahme wäre gemacht worden. Wir haben über diesen Fall eine eigene Stelle in den Pandecten ²⁰⁾, welche folgendermassen lautet: Si ita quis heres institutus fuerit, *excepto fundo, excepto usufructu heres esto: perinde erit jure civili, atque si sine ea re heres institutus esset. Idque auctoritate Galli Aquilii factum est.* Es kommt hier alles auf den Sinn der Worte *sine ea re* an. Diese erklärt man gemeiniglich so: *sine ea exceptione*, oder *sine rei exceptae mentione*, seu *detracta usufructus mentione*, so daß also der Sinn derselben

17) G. GALVANUS de usufr. Cap. XIII. §. 12. pag. 126. und BAUER cit. Diff. Cap. 2. pag. 15.

18) Siehe auch L. 1. §. 4. D. de hered. instit. und L. 9. §. 12. D. eodem.

19) GALVANUS c. l. §. 13. Ios. FINESTRES Praelect. Cervar. ad Tit. Pandectar. de liberis et postum. P. II. Cap. 1. §. 5. Greg. MAJANSIUS ad triginta Ictorum fragmenta Commentar. Tom. II. pag. 105. seqq. BAUER cit. loc.

20) L. 74. D. de heredib. instit.

selben darsen: die Ausnahme dieser Sachen solle, als nicht geschehen, angesehen werden ²¹⁾. Allein schon **Delex Langebek** ²²⁾ erinnerte gegen diese gemeine Erklärung, daß sie dem Sinn des römischen Juristen nicht entspreche, und ihrem Ursprung der fehlerhaften Lesart der *Vulgate*, welche so lautet: *ex certo fundo, excepto usufructu, verdanke* ²³⁾. Er glaubt also, das Gesetz müsse ganz anders verstanden werden. *Meo iudicio*, sagt er, *hoc vult Iurisconsultus, in heredis institutione certam aliquam rem expresse excipi posse; veluti si dicat testator: Titius ex asse heres esto, excepto fundo Treboniano, vel excepto usufructu illius vel illius fundi. Quo casu ex asse quidem heres erit; verum fundus vel usufructus exceptus, quasi ex causa fideicommissi, ad legitimos heredes spectabit. Et quid prohibet excipere certam aliquam rem, ut ex reliquo quis heres sit, cum lega-*

M 4

tum

21) Außer den in der Note 19. bereits angeführten Rechtsgelehrten gehören noch hierher *Ant. FABER* de Errorib. Pragmaticor. T. I. Decad. XV. Err. 7. und *POTHIER* Pandect. Iustinian. Tom. II. Lib. XXVIII. Tit. 3. Nr. XXXVI. not. a.

22) In LL. aliquot perdifficiles et nond. satis intellectas novae Annotationes Cap. 5. (in *Ev. OTTONIS Thes. iuris Rom.* Tom. I. pag. 550.)

23) Hiervon geht auch die Erklärung der Glosse aus: *Institui mihi heredem*, heißt es in derselben, *Titium ex fundo meo Titiano, excepto usufructu*. Certe heres institutus videtur in tota hereditate mea, detracta fundi mentione. Et hoc dicit *Gallus Aquilius*. Die Worte: *sine ea re*, werden nachher eben so, wie gewöhnlich, erklärt, i. e. *sine exceptione eius rei s. fundi s. usufructus*. Totum enim simpliciter debet habere, cum non sit alius institutus.

tum nihil aliud sit, quam deliberatio hereditatis, quam testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit? L. 116. pr. D. de legat. I. Et in fideicommissis voluntas magis, quam scriptura spectetur? Dieser Erklärung ist auch Westphal ²⁴⁾ beigetreten, welcher sie noch durch die sehr gründliche Bemerkung unterstützt, daß es nach jener gemelnen Erklärung des Ansehens des Aquilius Gallus zur Einführung eines Rechtsfages nicht bedurft hätte, der schon auf den Begriff eines successoris universalis hätte gegründet werden können. Dagegen bedurfte es eher der Unterstützung durch die Auctorität eines bewährten Juristen, daß man den letzten Willen auch in Ansehung der von der Erbschaft ausgenommenen einzelnen Sachen für gültig hielt. Man sah also diese Ausnahme als ein dem Erben auferlegtes Legat an. Eine solche Ausnahme von der *universitas bonorum* hält auch Paulus ²⁵⁾ in einem ähnlichen Falle für gültig. Ich trage kein Bedenken, diese Erklärung zu unterschreiben. Denn es ist ja doch wohl unstreitig ein großer Unterschied, ob ich einen bloß *ex re certa*, ohne Miterben, instituire, oder ob ich einen, jedoch mit Ausnahme einer einzelnen Sache, zum Universalerben einsetze. Hier läßt sich die Regel des Pomponius ²⁶⁾: *ius nostrum non patitur, eundem in paganis et testato et intestato decessisse*, schlechterdings nicht anwenden. Es paßt auch schon die ganze Erklärung gar nicht zu den Worten: *atque si sine ea re heres institutus esset*, wenn man sie nach der gemelnen Ansicht so verstehen

24) Theorie des Röm. Rechts von Testamenten §. 252.

25) L. 86. pr. D. de legat. II.

26) L. 7. D. de Reg. iuris.

stehen wollte, daß die gemachte Ausnahme, als nicht geschehen, angesehen werden solle.

Ich komme auf den andern Fall, wenn außer dem, welcher auf den Nießbrauch des Vermögens ist eingesetzt worden, noch ein anderer coheres universalis instituit ist. Hier lassen sich wieder zwei Fälle gedenken, der cohaeres universalis tritt entweder die Erbschaft an, oder nicht. Im ersten Falle ist der auf den Nießbrauch Eingesezte, weil er heres in re singulari ist, als bloßer Legatar anzusehen ²⁷⁾. In dem letztern Falle hingegen bekommt er die ganze Erbschaft, eben so, als wenn der auf die Proprietät eingesetzte Miterbe gleich anfangs nicht wäre instituit worden ²⁸⁾. Wie aber, wenn der Erblasser Jemanden im Nießbrauche seines Vermögens zum Erben einsetzt, zugleich aber verordnet, daß nach desselben Tode ein Anderer des Testirers Erbe seyn solle? Was ist hier Rechtens? Diese Frage ist sehr streitig, und wird von den Rechtsgelehrten auf mancherley Art entschieden ²⁹⁾. Einige ³⁰⁾ beantworten sie so: der im Nießbrauche Eingesezte,

27) L. 13. Cod. de heredit. institutand.

28) GALVANUS de usufr. Cap. 13. §. 13.

29) G. Io. Iac. WISENBACH Exercitat. ad Pandect. Disput. LVI. §. 13. und Frennemann Untersuchung zweyer Rechtsfragen:

1) Ob ein in gewisser Sache eingesetzter Erbe neben einem obnngleichen Beschränkung eingesetzten, als Legatarius anzusehen sey?

2) Was Rechtens sey in dem Falle, da ein Erblasser Jemand im Nießbrauche zum Erben einsetzt, zugleich aber verordnet, daß nach dessen Tode ein anderer sein (des Testirers) Erbe seyn solle? Schwenk und Wismar 1790. 8.

30) HUBER Praelect. ad Pand. Lib. XXVIII. Tit. 5. §. 9.

setzte, da mit ihm zugleich Niemand in der übrigen Verlassenschaft — in der Proprietät, eingesetzt worden, sey einziger Erbe, der nach seinem Tode gerufene Erbe aber Fideicommisserbe. Letzter müsse jedoch den erstern überleben, stirbt er vor dem auf den Nießbrauch Eingesezten, so werde dieser nun heres in solidum, und das Fideicommiss sey erloschen. Andere ¹⁾ meinen, es müsse der letzte Wille des Erblassers in dem vorliegenden Falle nach der Billigkeit und der Rechtsanalogie so erklärt werden, daß der auf den Nießbrauch Eingesezte, da ihm ein anderer Erbe zugegeben worden, als bloßer Legatar anzusehen sey; es müsse also die Einsetzung des zugegebenen Erben in Absicht auf das Recht zur Proprietät, als rein und unbedingt geschehen angenommen werden; nur, was den Nießbrauch betrifft, sey sie bis zum Tode des darin Eingesezten suspendirt. Nach einer dritten Meinung ²⁾ soll in dem gegebenen Falle der im Nießbrauche eingesezte Erbe, wahrer, obwohl auf den Nießbrauch eingeschränkter Erbe seyn; ihm sey ein anderer Erbe zugegeben, der die übrige Erbschaft haben soll, aber nicht rein, sondern nach dem Tode des im Nießbrauch Eingesezten, das ist, von einem ungewissen Tage an; von einem Tage an, der eine Bedingung macht, — die Bedingung nämlich, daß der zugegebene Erbe den Tod des im Nießbrauch Eingesezten erlebt haben müsse. Allein bei allen diesen Entscheidungen ist der richtige Gesichtspunct

31) VOLT Commentar. ad Pandect. h. t. §. 12. und PES. MÜLLER ad Struvium Tom. II. Exercit. XXX. §. 6. not. d.

32) Hennemann in der angeführten Untersuchung. 2. Frage §. 5. und 6.

punct fast durchgehends versehen. Darin haben die Verteidiger der zweiten Meinung Recht, daß der auf den Nießbrauch Eingesezte, weil er heres in re singulari ist als bloßer Legatar anzusehen sey³³⁾. Allein die Behauptung, daß die Ernennung des Erben nach dem Tode des auf den Nießbrauch Eingesezten, in Absicht auf das Recht zur Proprietät, für rein und unbedingt zu halten, und nur in Absicht auf den Nießbrauch bis zum Tode des darin Eingesezten suspendirt sey, thut der Einfetzungsformel offenbar Gewalt an. Wie können die Worte:

„Ich setze den A. auf den Nießbrauch meines Vermögens zum Erben ein. Nach seinem Ableben soll B. mein Erbe seyn“

so gedeutet werden?

„A. soll den Nießbrauch meiner Verlassenschaft haben. B. soll aber mein eigentlicher Erbe seyn, und zwar gleich, und noch beim Leben des A. Er soll nur nach dessen Tode erst den Nießbrauch haben.“

In Wahrheit, wenn das die Absicht des Testirers wäre, so hätte er sich ganz anders ausdrücken müssen. Hierin hat

33) Nach der L. 13. C. de hered. instit. soll derjenige, der auf eine einzelne Sache eingesetzt ist, wenn neben demselben ein anderer Erbe entweder schlechthin oder zu einem idealen Theil des Ganzen gerufen ist, als Legatar behandelt werden. Anders erklärt zwar dieses Gesetz Pennemann in der angef. Untersuchung. 1. Frage §. 7. u. 8. Es ist jedoch hier der Ort nicht, diese Erklärung näher zu prüfen, wovon in dem Tit. de hered. instituendis. C. THIBAUT System des P. R. 2. B. §. 669.

hat also die dritte Meinung Recht, daß die Einsetzung des nach dem Tode des A. auf die Proprietät eingesetzten Erben nicht rein, sondern von einem ungewissen Tage an, geschehen sey. Ein solcher ungewisser Tag wird einer Bedingung gleich geachtet, welche darin besteht, daß der von einem solchen Tage an ernannte Erbe den Tod des auf den Nießbrauch Eingesetzten erleben muß ³⁴⁾. In einem solchen Falle kann nun der Erbe, wie bey bedingten Einsetzungen, die *bonorum possessio secundum tabulas* erhalten ³⁵⁾. Es kann also der auf den Nießbrauch Eingesetzte das ihm zugedachte Vermächtniß nur insofern erhalten, als der erst nach desselben Tode auf die Proprietät eingesetzte Erbe bey seinem Leben die *B. P. secundum tabulas* agnoscirt. Nach diesen Grundsätzen hat auch Thibaut ³⁶⁾ die aufgeworfene Streitfrage ganz richtig entschieden.

2) Gewöhnlicher ist der Fall, daß der Nießbrauch legirt wird. Hier kommt es darauf an, ob einem Dritten die Proprietät vermacht worden, oder nicht. Im letztern Falle verbleibt das Recht an der Substanz der Sache dem Erben, der Legatar hingegen hat den vollen und alleinigen Genuß. In dem ersten Falle hingegen ist entweder das Grundstück ausdrücklich mit Ausnahme des Nießbrauchs vermacht worden, oder es ist schlechthin dem Einen die Sache, dem Andern der Nießbrauch derselben vermacht. In

34) *L. 1. §. 2. D. de condit. et demonstrat. L. 79. §. 1. D. eodem. L. 4. pr. D. Quando dies legator.*

35) *L. 23. pr. D. de heredib. instituend.*

36) *System des P. R. 2. Th. §. 805.*

In dem ersten Falle hat der Legatar des Grundstücks die bloße Proprietät. In dem letztern aber theilen beide dem Nießbrauch mit einander. Es gehören hierher folgende Stellen.

§. 1. *L. de usufructu.* Ususfructus a proprietate separationem recipit: idque pluribus modis accidit: ut ecce, si quis usumfructum alicui legaverit, nam heres nudam habet proprietatem, legatarius vero usumfructum; et contra, si fundum legaverit, deducto usufructu, legatarius nudam habet proprietatem, heres vero usumfructum; item alii usumfructum, alii deducto eo fundum legare potest.

L. 19. D. de usu et usufr. legat. Si alii fundum, alii usumfructum eiusdem fundi testator legaverit; si eo proposito fecit, ut aliter nudam proprietatem haberet, errore labitur. Nam detracto usufructu proprietatem eum legare oportet, eo modo: Titio fundum detracto usufructu lego: vel Sejo eiusdem fundi usumfructum heres dato. Quod nisi fecerit, ususfructus inter eos communicabitur, quod interdum plus valet scriptura, quam peractum sit.

Ob diese Vorschrift noch jetzt anzuwenden sey, ist sehr streitig. Viele ³⁷⁾ zweifeln daran, weil die in derselben angenommene Auslegung des letzten Willens nicht nur gegen die Absicht und Meinung des Testators, worauf doch

37) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 8. VINNIUS Comm. ad §. 1. l. h. t. nr. 1. Struben rechtliche Bedenken. 5. Th. Bed. 110. WERNHER lectiss. Commentation. ad Pand. Lib. XXXIII. Tit. 2. §. 3. MOSACHER Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1499.

both bey Fideicommissen³⁸⁾, mithin auch, wegen deren Exauration, bey den Vermächtnissen vorzüglich, und mehr, als auf die Worte selbst, zu sehen sey³⁹⁾, sondern auch gegen den teutschen Sprachgebrauch streite, und blos aus dem römischen heut zu Tage nicht mehr geltenden Formularrecht herflüsse. Allein es ist eine Regel, daß man Vermächtnisse so vollständig erkläre, als der Wortverstand ausdrückt⁴⁰⁾. Nun aber drückt das teutsche Wort Gut oder Grundstück gewiß eben so gut, als das römische fundus das volle Eigenthum aus, und begreift also auch den Nießbrauch unter sich⁴¹⁾. Soll nun aber dieser dennoch ausgeschlossen, und einem Andern allein vermacht seyn, so muß es der Testirer deutlich ausdrücken, sonst bleibt es bey dem gemeinen Sprachgebrauche. Ueberhaupt haben die Gesetze den Grundsatz aufgestellt, daß im Zweifel unter dem Vermächtniß einer Sache, sie sey ein fundus oder etwas Anderes, auch der Nießbrauch derselben begriffen sey, und zwar sogar alsdann, wenn auch die Sache nur eine unkörperliche seyn sollte. Folgende Stelle wird uns hiervon vollkommen überzeugen.

L. 6. pr. D. de usufr. ear. rer. quae usu consum. Si tibi decem (millia) legata fuerint, mihi eorundem decem (millium) ususfructus: fient quidem tua tota decem millia, sed mihi quinque numerari debebunt, ita ut

38) *L. 16. C. de fideicomm.*

39) *§. 3. I. de legat.*

40) *L. 12. D. de reg. iuris. C. Ios, AVERANII Interpretat, iuris Lib. V. cap. 10. nr. 7.*

41) *Ant. PEBER de Errorib. Pragmaticor. Dec. LXXII. Err. 10.*

ut tibi caverem, tempore mortis meae aut ex causa
 demeritionis restitutum, ius. Nam et si fundus tibi con-
 gatus fuisset, et mihi eiusdem fundi usufructus, ha-
 beres tu quidem totius fundi proprietatem, sed per-
 tem cum usufructu, partem sine usufructu: et non
 heredi sed tibi caverem boni viri arbitratu.

Aus diesen Gründen streiten daher auch viele Rechts-
 gelehrten⁴²⁾ für den heutigen Gebrauch jener Vorschrift.

Zunächst ist es zweifelhaft, ob der Meßbräuch oder
 das volle Eigenthum der Sache vermacht sey. Dies ist
 z. B. der Fall, wenn eine Sache für Veräußerung vermacht
 worden ist. Galvanus⁴³⁾ glaubt, es sey hierdurch bloß
 der Meßbräuch vermacht. Voet⁴⁴⁾ hingegen, und mit
 ihm die meisten Practiker⁴⁵⁾ wollen vielmehr behaupten,
 daß in dem bemerkten Falle nach der Analogie der Ob-
 servat.

42) Io. SCHILTERI Heremita. Modellinae Cap. 9. §. 13. CARP-
 ZOVII Iurispr. for. P. III. Const. 13. def. 7. de BERGER Oeco-
 nom. iuris Lib. II. Tit. 4. not. 9. LEYSER Meditat. ad Pand.
 Vol. 6. Specim. CCCLXXXIV. medit. 3. MÜLLER Observat.
 pract. ad Leyserum. Tom. IV. Fasc. I. Obs. 603. Io. Christ.
 KNOETZSCHNER Diss. de Usu hodierno L. 19. D. de usu et usufr.
 Lipsiae 1793. THIBAUT Syst. des P. R. 2 B. §. 754. Dieser
 Meinung ist auch Heffeld §. 1534. verglichen mit Not. y.

43) De Usufructu cap. 23.

44) Commentar. ad Pand. h. t. §. 9.

45) C. CARPZOV P. III. Const. 13. Definit 9. et 10. Tob. Iac.
 REINHARTH Select. Observat. ad Christ. Jaci Decisiones. Vol. IV.
 Obs. 38. LEYSER Specim. CCCLXXXIV. medit. 1. und LAU-
 TERBACH Colleg. theor. pr. Pand. Lib. XXXIII. Tit. 2. §. 4.

lege⁴⁶⁾ die volle Proprietät der Sache legirt sey, wosern nicht die Benützung ausdrücklich nur auf die Lebenszeit des Legatars beschränkt worden ist. Die erstere Meinung ist jedoch, wie Hofacker⁴⁷⁾ bemerkt, dem römischen Sprachgebrauche gemäßer. Ein anderer Fall ist, wenn Jemandem der Nießbrauch einer Sache mit der Bedingung vermacht worden ist, die Sache nach des Legatars Tode einem Dritten zu restituiren. Denn da der Nießbrauch mit dem Tode des usufructuarius ipsiure erlöscht; so ist hier wohl im Zweifel anzunehmen, daß vielmehr die Proprietäscum onere fideicommissi, als der bloße Nießbrauch vermacht sey⁴⁸⁾. Ist der Nießbrauch vermacht, aber dabey zugleich die Benützung, die Sache zu veräußern, gegeben worden, so kommt es darauf an, ob sie schlechthin, oder nur im Falle der Noth gegeben worden ist. In jenem Falle ist die volle Proprietät als unbedingt vermacht anzunehmen⁴⁹⁾; in dem andern aber ist nur der Nießbrauch unbedingt, die Proprietät hingegen unter der Bedingung legirt worden, wenn ein Nothfall erweislich eintritt⁵⁰⁾.

Sind die jährlichen Früchte eines Gutes vermacht, so ist ein Unterschied zu machen, ob es direct, oder auf eine solche Art geschehen ist, daß sie der Erbe alle Jahr dem Legatar abliefern soll. Im ersten Falle ist es so gut, als

46) L. 4. D. de aliment. et cibis. legat. L. 8. §. 17. D. de transact.

47) Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1490.

48) VORT C. I.

49) E. REINHARTH Sel. Observat. ad Christin. Vol. IV. Obf. 38. pag. 40.

50) VORT ad Pand. h. t. §. II.

als ob der Nießbrauch selbst vermacht sey ¹⁾). In dem letzten Falle hingegen ist nicht der Nießbrauch selbst vermacht, sondern ein bloßes *legatum annuorum reddituum* vorhanden, welches von jenem ganz verschieden ist ²⁾). Denn hier bleibt die Sache selbst im Besitz und unter der Disposition des Erben, dem Legatar hingegen steht kein Recht an der Sache zu, sondern dieser hat nur ein persönliches Forderungsrecht an den Erben, vermöge welchen er mit der *actione personali ex testamento* auf die Auslieferung der von ihm erhobenen Jahresfrüchte klagen kann ³⁾). Da hier dem Legatar kein dingliches Recht zusteht, so kann er auch nicht hindern, wenn der Erbe die Sache verkauft, wofern nur der Legatar durch Caution gesichert wird, daß er die Früchte der Sache, es sey in Natur, oder im Werthe, alle Jahr richtig erhalte, denn mehr, als diese, kann er nicht verlangen, weil hier der Erbe im Besitz der Sache bleibt, und die Früchte selbst bauet und erhebt, welche er an den Legatar abzugeben hat.

Merk,

51) L. 41. D. de usu et usufr. Cum ita legatum esset, *fructus annuos fundi Cornelianii Publio Mevio do lego*, perinde putat accipiendum esse LABEO, ac si *ususfructus fundi similiter esset legatus*; quia haec mens fuisse testatoris videatur. Add. L. 20. D. b. t. Man sehe auch NOODT de Usufr. Lib. II. cap. I. Oper. T. I. pag. 448.

52) Man sehe HUBERI Praelect. ad Pandect. Lib. XXXIII. Tit. 2. §. 4. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. eod. tit. et libr. §. 9. NOODT de Usufr. Lib. II. cap. I. in fin. pag. 449. WASTPHAL de lib. et servit. praed. §. 737. et 738. und Ge. L u d w. B ö h m e r s auserlesene Rechtsfälle. 1. Band. Nr. 33. Qu. 1. und 2.

53) L. 12. D. de ann. legat.

Glücks Erläut. d. Pand. 9. Tb.

M

Merkwürdig ist hier die Stelle des *Schoola*, welcher L. 38. D. de usu et usufr. leg. sagt: Fundi Aebutiani reditus uxori meae, quoad vivat, dari volo: Quaero an possit tutor heredis fundum vendere, et legatario offerre quantitatem annuam, quam vivo patrefamilias ex locatione fundi redigere consueverat? Respondit, posse. Item quaero, an habitare impune prohiberi possit? Respondit, non esse obstrictum heredem ad habitationem praestandam. Item quaero, an compellendus sit heres reficere praedium? Respondit, si heredis facto minores reditus facti essent, legatarium recte desiderare, quod ob eam rem deminutum sit. Item quaero, quo distat hoc legatum ab usufructu? Respondit, ex his, quae supra responsa essent, intelligi differentiam.

II. Wird der Nießbrauch durch Vertrag gegeben, so führt Paulus ⁵⁴⁾ als Beispiel eines besondern Rechts an, daß der Eigenthümer den Nießbrauch seiner Sache einem Andern gütlich concediren könne, wenn er ihn auch selbst nicht hat, sondern ein Dritter noch zur Zeit die Früchte der Sache, als Servitut, zu genießen berechtigt ist. Quod nostrum non est, sagt Paulus, transfereamus ad alios: veluti is, qui fundum habet, *quamquam usumfructum non habeat*, tamen usumfructum cedere potest. Offenbar redet hier Paulus von einem solchen Eigenthümer, der den Nießbrauch von seiner Sache nicht hat, sondern blos die Proprietät. Es ist daher ein ganz unrich-

54) L. 63. D. b. t. Ueber dieses Fragment hat Franc. Car. CONRADI in Diff. ad Iulii Pauli ex libro singulari de iure singulari reliqua. Lipsiae 1728. Nr. II. ausführlich commentirt.

unrichtiger Sinn, den THOMASIVS ⁵⁵⁾ dieser Stelle unterschiebt, wenn er sagt: *Dominum, qui una cum proprietate, habet potestatem utendi re sua, quamvis usumfructum, ut servitutem, non habeat; posse tamen ad alterum cedendo transferre servitutem ususfructus.* Dieser Erklärung widersprechen auch die Basiliken ⁵⁶⁾, in welchen es heißt: *Τὴν γὰρ κληρὸν τῷ ἀγρῷ μου, ἢ ἑτέροις ἔχει παραχωρεῖν ἄλλω δυνάμει.* i. e. *Nam fundi mei ususfructum, quem alius habet, alii cedere possum.* Hätte der Cedent das volle Eigenthum seines Grundstücks gehabt, so wäre unbegreiflich, wie Paulus die Bestellung eines solchen Nießbrauchs habe für ein ius singulare halten können. Das besondere Recht, welches Paulus hier lehren will, besteht also vielmehr darin, daß der Eigenthümer der bloßen Proprietät den usufructus formalis, ehe er noch geendiget, und mit der Proprietät consolidirt worden ist, schon wieder einem Andern cediren kann; zwar freylich nicht für den gegenwärtigen Augenblick, aber doch auf den Fall der künftigen Consolidation ⁵⁷⁾. Nimmt man nun noch überdem an, daß Paulus von einer cessio in iure rede, die zu seinen Zeiten nicht nur üblich, sondern auch erforderlich war, um nach dem Civilrecht das dominium ususfructus zu erwerben ⁵⁸⁾; erwägt man ferner, mit welchen Feinheiten

M 2

eine

55) ad HUBERI Praelect. ad Pand. h. t. §. 2. in Schol.

56) Tom. II. Lib. XVI. Tit. I. pag. 260.

57) C. CUJACIUS in Not. poster. ad L. 63. D. h. t. Greg. MAJANSII Disputat. iuris civ. Tom. I. Disp. 2. §. 36. GALVANUS de Ufufr. Cap. 39. §. 2. pag. 561. und CONRADI Diff. cit. Fragm. II. §. 5. et 6.

58) ULPIAN. Fragm. Tit. 19. §. 2, et 11. Man sehe auch C. 66. Not. 80.

eine solche Cession verbunden war ⁵⁹⁾: *vindicabat enim is, cui cedebatur, addicebat Praetor*; so war dies noch ein Grund mehr, den Paulus hatte, diesen Fall als ein Beispiel eines besondern Rechts in seinem Buche *de iure singulari*, wie in der Inscription der gedachten Stelle angezeigt wird, aufzuführen. Auf jeden Fall war es indessen eine Abweichung von der Regel: *neminem posse ad alium transferre ius, quod ipse non habet* ⁶⁰⁾, und dafür muß diese Verordnung des römischen Rechts auch noch jetzt gelten, wenn gleich, nachdem Justinian das ehemalige *ius Quiritium* aufgehoben hat, durch die bloße Tradition so gut das *ius ususfructus* begründet wird, als durch die feyerliche *cessio in iure* ⁶¹⁾. Hieraus erklärt sich nun auch, was Paulus an einem andern Orte ⁶²⁾ sagt, der Nießbrauch könne auch *ex die* constituirte werden. In einem solchen Falle nimmt das ertheilte Nutzungsrecht nicht eher seinen Anfang, als wenn die Zeit erscheint ⁶³⁾, und eher kann auch nicht mit Wirkung darauf geklagt werden ⁶⁴⁾. Eben dies gilt in dem Falle, wenn der Nießbrauch

59) C. ULF. cit. loc. §. 10. bey SCHULTING in *Iurisprud. Antequ.* pag. 623.

60) L. 54. D. de Reg. iuris.

61) L. 1. pr. D. Quib. mod. ususfr. amitt. L. 9. §. 1. D. ususfruct. quemadm. cav.

62) L. 4. D. b. t.

63) L. un. §. 1. et 3. D. Quando dies ususfr.

64) L. un. §. 4. D. cit. Scaevola ait, agentem ante diem ususfructus, *nihil facere*: quamvis alias, qui ante diem agit, male agit. Der Ausdruck *nihil facere* soll bloß darauf deuten, daß die Klage vergeblich angestellt sey, weil dem Kläger noch

brauch bedingt erteilt ist ⁶⁵⁾. Hier zieht der Proprietar die Früchte, bis die Bedingung existirt. Man setze daher, es sey dem A. ein Grundstück ohne den Nießbrauch vermacht, dem B. aber der Nießbrauch, jedoch unter einer bestimmten Bedingung. Wem gehört hier der Nießbrauch *pendente conditione*? Nicht dem Erben, sondern dem Legatar der Proprietät ⁶⁶⁾. An diesen fällt auch der Nießbrauch zurück, wenn die Bedingung gar nicht erfüllt wird.

§. 633.

Rechte des Nießbrauches. 1) In Ansehung des Genusses.

Soviel hiernächst die Rechte der *Nutzennießung* anbelangt, so können solche theils in Rücksicht des Fruchtgenusses, theils in Ansehung der Disposition betrachtet werden.

N 3

den.

Noch gar kein Recht an der Sache zusteht; es kann also auch von keinem Verlust eines Rechts die Rede seyn. *Male agere* hingegen sagt man, wenn der Kläger sein Recht vor der Zeit gerichtlich verfolgt, und in die Strafe der *Pluspetition* verfällt. In jenem Falle muß der Kläger von richterlichen Amtswegen abgewiesen werden, weil ihm noch gar keine Klage zusteht. In dem letztern aber muß er durch eine *Exception* des Beklagten zurückgewiesen werden. *G. Dellev. LANGEBEK in Leges aliquot perdifficiles et nond. satis intellectas novae Annotationes. Cap. 17. (in Ev. OTTONIS Thes. iur. Rom. Tom. I. pag. 557. sq.) POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. II. de legatis. P. III. Sect. I. Art. I. Nr. CCLXXIX. not. p. et q. pag. 328. und WESTPHAL de lib. et servit. praed. §. 984. not. 863.*

65) VOET Comm. h. t. §. 5.

66) L. 4. D. Si usufr. pet. Fundus detracto usufructu legatus est Titio: et eiusdem fundi usufructus Sempronio sub conditione,

den. Die Rechte, die dem Usufructuar in Ansehung des Genusses zustehen, bestehen im Wesentlichen darin, daß er die Hauptsache und deren Zubehör gebrauchen, und sich alle daraus erzeugten natürlichen, oder durch dieselbe gewonnenen bürgerlichen Früchte (§. 590.) zueignen kann⁶⁷⁾. Es kommt nichts darauf an, von wem die Früchte gesät oder gepflanzt worden sind⁶⁸⁾. Daher gehören dem Usufructuar auch die zur Zeit des entstandenen Nießbrauchs noch stehenden oder hängenden Früchte. Der Fall kann bey einem legitimen Nießbrauch vorkommen, wenn die Früchte zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht abgesondert waren. An diesen kann der Erbe keinen Anspruch machen, wenn sie gleich bey dem Tode des Testators schon reif gewesen wären⁶⁹⁾. Anton Faber⁷⁰⁾ geht jedoch

offen-

tionem, dixi interim cum proprietate usumfructum esse. C. Ant. FABER in Rational. ad h. L. 4. und WESTPHAL C. L. §. 501. not. 717.

67) L. 7. pr. et §. 1. L. 9. L. 59. §. 1. et 2. D. b. t.

68) L. 25. §. 1. D. de usuris. Ad fructuarium pertinent fructus a quolibet sati.

69) L. 27. pr. D. b. t. Si pendentes fructus iam maturos reliquisset testator, fructuarius eos feret, si deprehendisset. Nam et stantes fructus ad fructuarium pertinent. Ohne Zweifel sind hier fructus stantes eben diejenigen, welche vorher pendentes genannt werden. Ein Ausdruck, der öfters in den Gesetzen vorkommt. C. den 8. Th. §. 590. C. 260. Hätte der Erbe die Antretung der Erbschaft absichtlich verzögert, um die Früchte selbst absondern zu können; so muß er sie dennoch dem Usufructuar herausgeben, und ihm überdem allen durch seinen Verzug verursachten Schaden ersetzen. L. 35. L. 36. §. ult. L. 47. D. b. t. L. 60. pr. D. eodem. VORT h. t. §. 28. Wegen der Früchte

offenbar zu weit, wenn er dem Legatar auch die zur Zeit des Todes des Erblassers noch vorräthigen, wenn gleich schon von dem nutznießlichen Grundstück abgesonderten Früchte zuspricht.

In Absicht auf die Zubehörungen der nutznießlichen Sache ist zu bemerken, daß der Usufructuar hier fast mehr Rechte hat, als der, welchem das Grundstück selbst vermacht worden ist. Denn letzter erhält weder das Wirthschaftsinventarium, noch den Hausrath, wenn es nicht bey dem Vermächtniß besonders erwähnt worden ist ⁷¹⁾). Wenn hingegen der Nießbrauch von einem Landgute, oder Hause vermacht worden ist, so kann der Usufructuar auch, ohne besondere Erwähnung, die zum Wirthschafts- oder Hausinventarium gehörigen Stücke und Geräthschaften, so wie den Hausrath benutzen ⁷²⁾). Nur in Ansehung der natür-

N 4

lichen

Früchte, die der Usufructuar bey'm Anfang des Nießbrauchs schon zur Erndte reif findet, darf er in der Regel nichts vergüten. Im Gegentheil kann zuweilen der Usufructuar Kostenersatz verlangen. Z. B. der Testirer hat seinem Pächter den Nießbrauch des Pachtgutes vermacht. Hier bezahlt der Pächter nicht nur vom Todestage des Erblassers an, keinen Pachtzins mehr, sondern er kann auch wegen der zu dieser Zeit noch stehenden Früchte Ersatz der Kulturkosten verlangen. L. 34. §. 1. D. h. t. C. WESTPHAL cit. lib. §. 638. not. 568. pag. 420.

70) Rational. ad L. 27. pr. D. h. t. Man sehe dagegen WESTPHAL c. 1. §. 644. not. 573. b.

71) L. 14. D. de supellect. leg.

72) L. 9. §. 7. et L. 15. §. 6. D. h. t. — Sed ego puto, nisi sit contraria voluntas, etiam instrumentum fundi vel domus con-

lichen Accessionen eines Grundstücks machen die Gesetze⁷³⁾ einen Unterschied, ob der Zuwachs ein solcher ist, der sich nach

contineri. Zum *Instrumento fundi* gehören nach *L. 8. pr. D. de instructo vel instrum leg.* alle zur Einsammlung, Bearbeitung und Aufbewahrung der Früchte gehörigen Geräthschaften, nebst dem dazu erforderlichen Vieh und Geschirr. *L. 9. L. 12. §. 1. L. 25. pr. D. eod.* Was zu einem Haus, Inventarium gehört, bestimmt *L. 12. §. 16. D. eod.* Davon ist der Hausrath (*Supellex*) unterschieden. *Vid. Tit. de supellectile legata.* *S. VOET h. t. §. 21. und NOODT de Usufr. Lib. I. cap. 7.* Warum es beim legato usufructus anders als beim legato fundi sey, erklärt sich ganz natürlich so. Der Nießbrauch ist nur auf die Lebenszeit des Usufructuars beschränkt. Er kann sich also heut oder morgen endigen. Wie lästig würde es nun nicht für den Rußnießer seyn, wenn er zur Ausübung eines Rechts, welches von so ungewisser Dauer ist, die dazu erforderlichen Geräthschaften erst anschaffen müßte, die doch schon bey dem Gute sind, und von denen doch der Proprietar während der Rußnießungszeit keinen Gebrauch machen kann? Deswegen sagt *Ulpian L. 15. §. 6. cit. Proprietatis dominus non debet impedire fructuarium ita utentem, ne deteriore eus conditionem faciat.* Bey dem legato fundi verhält sich nun aber freylich die Sache ganz anders. *S. WESTPHAL c. 1. §. 640. not. 570.*

73) *L. 9. §. 4. D. h. t. Huic vicinus tractatus est, qui solet in eo, quod accessit tractari: et placuit, alluvionis quoque usum fructum ad fructuarium pertinere. Sed si insula iuxta fundum in flumine nata sit: eius usum fructum ad fructuarium non pertinere, Pegasus scribit, licet proprietati accedat: esse enim voluti proprium fundum, cuius usufructus ad te non pertineat, quae sententia non est sine ratione. Nam ubi latitet incrementum, et usufructus augetur, ubi autem apparet, separatim fructuario non accedit. Diesem ist Paulus nicht entgegen,*
wenn

nach und nach an das Grundstück ansetzt, und mit demselben so verbunden ist, daß er sich von der Hauptsache nicht unterscheiden läßt (*incrementum latens*), oder ob er davon abgefondert und unterschieden ist (*incrementum patens*, s. *apparens*). Nur im ersten Falle hat der Usufructuar die Nutzung von diesem Zuwachs. Z. B. wenn das nuzniessliche Grundstück durch Alluvion vergrößert worden ist. In dem letztern Falle hingegen, wenn z. B. eine Insel auf dem Flusse entsteht, welche der Proprietät zuwächst, hat der Usufructuar kein Recht daran. Wenn das zum Nießbrauch vermachte Grundstück gegen andere benachbarte Grundstücke Servituten hat; so kann der Usufructuar auch diese ausüben, und wegen Störung selbst gerichtlich darauf klagen⁷⁴). Ja es ist sogar der Erbe schuldig, wenn der Usufructuar den ihm vermachten Nießbrauch nicht anders, als mittelst einer Servitus, auszuüben im Stande ist, ihm dieselbe einzuräumen⁷⁵). Da bey dem gegebenen Nießbrauch eines Grundstücks sich der Usufructus auf alle Theile desselben erstreckt, so hat es keinen Zweifel, daß auch die Jagd, die Fischen und der Vogelfang mit darunter

wenn er Lib. III. Sententiar. Tit. 6. §. 22. sagt: *Accessio alluvionum ad fructuarium fundum, quia fructus fundi non est, non pertinet*. Denn Paulus redet hier von der Proprietät, nicht von der Benutzung der Accession. C. Ger. NOODT de Usufr. Lib. I. cap. 6. in fin. Corn. van BYNCKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. V. cap. 7. Tom. II. pag. 24. Em. MERILLIUS Observation. Lib. V. cap. 18. und Henr. Th. PAGENSTECHEr iur. Pegasus. pag. 29.

74) L. 1. pr. D. Si usufr. pet. Ger. NOODT Lib. I. cap. 6. pr.

75) L. 1. §. 2. 3, et 4 D. Si usufr. pet.

unter begriffen sey, so weit sie nämlich zu dem Ertrag des Gutes gehören, und als fructus betrachtet werden können. Hierher gehört, wenn Ulpian⁷⁶⁾ sagt: *Aucupiorum quoque et venationum redditum*, CASSIUS ait lib. 8. *Iuris civilis, ad fructuarium pertinere. Ergo et piscationum.* Eigentlich gehören die wilden Thiere nicht zu den Früchten des Gutes, sondern es sind res nullius, die nach dem römischen Rechte jedem sowohl auf seinem als fremden Eigenthum einzufangen oder zu erlegen erlaubt ist⁷⁷⁾. Nun kann zwar, wie Tryphonin⁷⁸⁾ sagt, der Usufructuar auf den zum nutznießlichen Gute gehörigen Feldern, Bergen, und in den Wäldern ohne Zweifel jagen. Allein was er fängt, gehört ihm nicht sowohl vermöge des Nutzungsrechtes, als vielmehr vermöge der Occupation zu. Daher hat auch der Proprietar, und jeder andere, dem das Jagen nicht verboten ist, das nämliche Recht, welches ihm nicht gehörte, wenn die auf dem nutznießlichen Gute herumerschweifenden wilden Thiere als Früchte desselben zu betrachten wären⁷⁹⁾. Allein man setze, der Proprietar hätte vor der Ertheilung des Nießbrauchs die Jagd oder die Fischerei auf dem Gute verpachtet, oder der Usufructuar hätte es selbst gethan, so gehört diese Revenüe dem Usufructuar, und der Proprietar kann, solange der Nießbrauch dauert, den Pachtzins dafür nicht verlangen. Darauf gehen die oben aus Ulpian angeführten Worte: *Venationum, piscationum, aucupiorum redditum ad fructu-*

76) L. 9. §. 5. D. h. t.

77) §. 12. I. de rer. divis.

78) L. 62. pr. D. h. t.

79) C. WESTPHAL cit. libr. §. 636.

fructuarius pertinere, wie sie auch Toullien⁸⁰⁾ ganz richtig erklärt. Hierauf zielen auch die Worte bey Julian⁸¹⁾, welcher mit Minicius läugnet, daß die Jagd zu den Früchten des Gutes gehöre, nisi fructus fundi ex venatione constet. Zwar ist hier eigentlich nicht von dem Rechte eines Usufructuars die Rede, denn Julian handelte libro 6. ex Minicio von den Früchten, die bey der Reivindication der malae fidei possessor dem Eigenthümer vergütet muß⁸²⁾. Allein da auch der m. f. possessor das gefangene oder erlegte Wild nicht restituirt, sondern das Eigenthum davon iure occupationis erwirbt; so kann auch bey der Eigenthumsklage von einer Vergütung der gezogenen Jagdnutzung nur insofern die Rede seyn, als sie in einem reinen Ertrage des Guts besteht⁸³⁾. Sind Thiergärten (vivarii), Taubenschläge, oder Fischdelche auf dem nuznießlichen Gute; so hat zwar der Usufructuar auch davon den Nutzen, allein er muß von jeder Art und Gattung soviel Stück am Ende restituiren, als er bey dem Anfange seines Nießbrauchs gefunden hat⁸⁴⁾. Im Betreff der

80) *Pet. de TOULLIER* Collectan. iuris civ. Diff. IV. Cap. 7. p. 204.

81) *L. 26. D. de usuris et fructib.*

82) Es erhellet dieses aus *L. 59. et 60. D. de rei vindicat.* welche aus dem nämlichen *lib. Iuliani sexto ex Minicio* genommen sind.

83) *de COCCEJI* iure civ. controuv. h. t. Qu. II. hat die *L. 26. D. de usur.* ganz falsch verstanden. Man sehe *EMMINGHAUS* ad Eundem not. r. Tom. II. pag. 10. sq.

84) *L. 62. §. 1. D. h. t.* Si vivarius inclusae ferae in ea possessione custodiebantur, quando usufructus coepit, num exercere eas fructuarius possit, occidere non possit? — Sufficit, *en-*
dem

der Holznußungen ist ein Unterschied, ob der Nießbrauch nur überhaupt an dem Fundus, bey welchem ein Wald befindlich ist, oder ob namentlich der Nießbrauch von

dem numerum per singula quoque genera ferarum finito usufructu domino proprietatis assignare, qui fuit coepti usufructus tempore. Der römische Jurist hat hier die aufgeworfene Frage nur implicite beantwortet. Man sieht aus den letztern Worten, daß seine Meinung dahin geht, nach dem strengen Recht gehöre das Eigenthum dieser Thiere zwar dem Proprietar, allein in sofern sich anders kein Gebrauch davon machen läßt, als durch Consumtion derselben, so kann er das Vivarium auch dazu benutzen, wenn er nur die aufgezehrten durch soviel andere Stück ersetzt, als er gefunden hat. Die Glosse erklärt das *exercere feras* durch *ludere cum feris*. Eben so *Ant. Dad. ALTERRA* ad Tryphonini lib. 7. Disputat. L. 62. cit. wo er sagt: *Feras exercere est eas duntaxat agitare delectationis causa*. Allein daß diese Erklärung ganz falsch sey, hat *Ger. NOODT* de Usufr. Lib. I. cap. 7. ganz deutlich gezeigt. Jedoch behauptet *Noodt*, der Usufructuar dürfe keine Thiere aus dem vivario tödten, sondern er könne sie nur ad reditum et quaestum gebrauchen, weil das Eigenthum dem Proprietar gehöre. L. 3. §. 14. D. de acquir. vel amitt. possess. Nur dann, wenn der Usufructuar selbst Thiere eingefangen, und sie dazzu gethan hat, könne er, wenn sie nachher nicht mehr von denen des Proprietars unterschieden werden könnten, das eine, wie das andere tödten. Für diese Erklärung spricht zwar der von Tryphonin angeführte Grund: *ne per singula animalia facultatis fructuarii propter discretionem difficilem in incertum sit*. Allein daß außer dem der Usufructuar auch Thiere aus dem Vivario tödten kann, wenn sie durch andere von gleicher Art ersetzt werden können, und der Nutzen derselben bloß in deren Consumtion besteht, ist dem Geist des Gesetzes nicht entgegen, wie auch *WESTPHAL* c. I. §. 658. not. 583. und *VOGT* in Comm. h. t. §. 23. bemerkt haben.

von einem Walde oder Forst ist eingeräumt worden. In jenem Falle darf der Usufructuar aus dem Forste nur so viel Holz schlagen, als er zum Nutzen des Grundstücks nothwendig braucht. Allein es ist ihm nicht erlaubt, Holz aus dem Forst zu verkaufen, oder auch zu verbrennen, in sofern es zum Bau, oder andern Bedürfnissen des Grundstücks gebraucht werden kann. In dem letztern Falle hingegen ist ihm der ordentliche Holzschlag zuständig, so wie ihn jeder guter Wirth forstmäßig benützt. Der Usufructuar darf daher sowohl zum Verbrennen als zum Verkauf Holz fällen, wenn gleich der Testirer, welcher den Nießbrauch vermacht hat, kein Holz zu verkaufen pflegte. Hierher gehört die merkwürdige Stelle aus Ulpian L. 9. §. 7. D. h. t. wo es heißt: *Instrumenti autem fructum habere debet: vendendi tamen facultatem non habet. Nam etsi fundi ususfructus fuerit legatus, et sit ager⁸⁵⁾, unde palo in fundum, cuius ususfructus legatus est, solebat paterfamilias uti, vel salice vel arundine, puto fructuarium hactenus uti posse, ne ex eo vendat: nisi forte salicti (Weidenplatz) ei, vel sylvae palaris (schlagbarer Wald), vel arundineti (Schilfrohrbruch) ususfructus sit legatus. Nam et TREBATIUS scribit, *sylovam caeduam, et arundinetum posse fructuarium caedere, et vendere, licet paterfamilias non solebat vendere, sed ipse uti. Ad modum enim referendum est, non ad qualitatem utendi. Es ist indessen auch selbst bey dem Nießbrauch einer Waldung ein grosser Unterschied, ob sie zum Holzschlag bestimmt ist,*
oder*

85) Ager heißt hier ein solcher Platz, der mit Bäumen bepflanzt oder mit Schilfrohr bewachsen ist. L. 9. §. 6. L. 18. D. h. t. C. ISIDORUS Origin. Lib. XV. cap. 13.

oder nicht. Nur in dem ersten Falle, wenn die Holzung eine *sylva caedua* ist, darf der Usufructuar dieselbe ordentlich behauen, und das Holz verbrennen, oder zu Weinpfehlen, Hopfenstangen, und andern Wirthschaftsbedürfnissen anwenden, auch was er nicht selbst braucht, an andere verkaufen⁸⁶). Ist aber der Wald keine *sylva caedua*, so ist er entweder *palaris* oder *pascua*. In jenem Falle darf der Usufructuar nur das zu Zaun- und Weinpfehlen oder Hopfen- und Bohnenstangen in seiner Wirthschaft nöthige Holz schlagen, und zwar nur nachwachsendes Holz, aber keine grossen Bäume darf er dazu nehmen⁸⁷. In dem letztern Falle aber kann er gar kein Holz schlagen, sondern darf nur den Wald zur Viehweide nutzen⁸⁸). Windbrüche und Fallholz kann sich der Usufructuar, der die Holznutzung hat, nur in so weit zueignen, als er diese Bäume selbst hätte umhauen dürfen, wenn sie nicht vom Winde

86) *L. 10. D. h. t. Ex sylva caedua pedamenta et ramos ex arbore usufructuarium sumturum. L. 30. D. de Verb. Signif. Sylva caedua est, quae in hoc habetur, ut caederetur. Servius eam esse, quae succisa, rursus ex stirpibus, ac radicibus renascitur. In den Basilic. Tom. II. Lib. XVI. Tit. I. pag. 247. heisst es: Sylva, quae in hoc habetur, ut ligna inde comburantur, (καυσίμη).*

87) *L. 10. cit. Ex non caedua in vineam sumturum, dum ne fundum deteriore faciat. L. 11. D. eodem. Sed si grandes arbores essent, non posse eas caedere. SYLVA PALARIS ist also, wie Ios. AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. V. cap. 26. nr. 6. sagt, ex qua pali ac pedamenta ad fulciendas ac sustinendas vites succiduntur.*

88) *C. Iac. CUJACII Observat. Lib. XXIV. cap. 5.*

Winde wären umgerissen worden⁸⁹⁾. Sonst gehören sie dem Proprietar, welcher sie auch in Zeiten wegräumen lassen muß, damit der Meßbrauch nicht dadurch behindert werde⁹⁰⁾.

In Ansehung der Stein- und Metallgruben ist zu bemerken, daß der Nutznießer nicht nur diejenigen, welche er auf dem fundo fructuario bereits eröffnet findet, sondern zu seinem Vortheil bearbeiten, und sich die Ausbeute, auch der Substanz nach, zueignen kann⁹¹⁾, sondern er darf auch neue Gruben eröffnen, sofern durch Anlegung ders

89) *L. 12. pr. D. b. t. Arboribus evulsis, vel vi ventorum dejectis, usque ad usum suum, et villae posse usufructuarium ferre, Labeo ait: nec materia (Holz, was zum Bauen gebraucht werden kann) pro ligno (Brennholz) usum, si habeat, unde utatur ligno. Quam sententiam puto veram: alioquin, et si totus ager sit hunc casum passus, omnes arbores auferret fructuarius. Materiam tamen ipsam succidere, quantum ad villae refectionem, putat posse. Der Usufructuar kann also die Windbrüche nur zu seinem und des Landgutes Gebrauch, oder des letztern Reparatur benutzen. Ausser diesem Bedürfniß gehören sie dem Proprietar, wie auch aus L. 7. §. 12. D. Solutio matrim. erhellet, wo es heißt: Sed et si vi tempestatis ceciderunt arbores, dici oportet, pretium earum restituendum mulieri, nec in fructum cedere. C. VORT h. t. §. 22. und WESTPHAL §. 652.*

90) *L. 19. §. 1. D. eod. Si arbores vento dejectas dominus non tollat, per quod incommodior sit usufructus, vel iter, suis actionibus usufructuario cum eo experiundum. WESTPHAL §. 653.*

91) *L. 7. §. 13. et 14. D. Solutio matr. L. 9. §. 2. et 3. D. de usufr. de coccej in iure civ. contr. h. t. Qu. 12.*

derselben das Grundstück nicht verschlimmert wird⁹²⁾. Ob er sich aber auch hier das Mineral selbst der Substanz nach zueignen könne, oder nur die Zinsen des Werths oder der Ausbeute zu genießen habe, ist streitig. Viele⁹³⁾ unterscheiden, ob das Mineral nachwächst, oder nicht, und sprechen dem Nutznießer im ersten Fall die Ausbeute selbst, in den letztern aber nur die Zinsen davon zu. Andere⁹⁴⁾ hingegen nehmen diesen Unterschied nur bey Steingruben an, bey Metallgruben hingegen gehöre die Ausbeute ohne Unterschied dem Usufructuar. Nach andere⁹⁵⁾ unterscheiden gar nicht, sondern rechnen das gewonnene Mineral schlechthin zu den Früchten; und deren Meinung verdient allerdings nach dem gemeinen Rechte⁹⁶⁾ den Vorzug, weil die Gesetze keinen Unterschied machen⁹⁷⁾, und überdem

92) *L. 13. §. 5. D. b. t.* — *Proinde venas quoque lapidicinarum, et huiusmodi metallorum inquirere poterit: ergo et auri et argenti et sulphuris, et aeris et ferri, et caeterorum fodinas, vel quas paterfamilias instituit, exercere poterit, vel ipse instituere, si nihil agriculturae nocebit.* Siehe oben §. 620. §. 10. ff.

93) *VÖET h. t. §. 24.* *WESTPHAL §. 659.* *MALBLANC Dig. h. t. §. 423.*

94) *de COCCEJI c. 1. Tom. II. pag. 12.*

95) *EISENHART de regali metallifodinarum iure Cap. IV. §. 17.* *NOODT de Usufr. Lib. I. cap. 6.* *LEYSER ad Pandect. Specim. CVI. medit. 6. Vol. 2. pag. 427.* *HAHN ad Wesenbec. h. t. nr. V.* *STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XII. Th. 15.*

96) In Sachsen ist es anders. *S. de BERGER Oecon. iuris. Lib. II. Tit. 3. Th. 19. Not. 6.*

97) *L. 7. §. 14. D. Solutio matrim.* *Si cretifodinae, argentifodinae, vel auri vel cuius alterius materiae sint, vel arenae, utique in fructu habebuntur.*

dem nach der Bemerkung unserer Naturforscher alles Mineral nachwächst⁹⁸⁾). Ich bemerke noch, daß auch diejenigen Einkünfte, welche der Proprietar wegen des zur Nutzung eingeräumten Gutes, an Zinsen, Canon, Laudemien, und andern Gefällen zu beziehen pflegte, so wie nicht minder heut zu Tage die Einkünfte der bey dem Gute befindlichen Gerichtsbareit dem Usufructuar gehören⁹⁹⁾).

Dahingegen kann der Usufructuar keinen Gewinn verlangen, welcher der Sache zuwächst (*accessio*), und keine Frucht ist. Er erhält folglich nicht den Schatz, den er auf dem nutznießlichen Gute findet¹⁰⁰⁾). Ulpian¹⁾ sagt ausdrücklich: *si thesaurus fuerit inventus, in fructum non compensatur*. Zwar gehört ihm als Finder die Hälfte davon, allein die andere Hälfte ist er dem Proprietar heraus.

98) Man vergleiche Löhnreiß vom Bergwerk. 1. Th. S. 18. ff. 1o. Ge. HOFFMANN Disp. de matricibus metallorum. Cap. I. §. 14. sq. et Cap. II. Lorenz Crell Chemische Annalen. 1. Band S. 264. und besonders Fr. B. H. von Trebra Erfahrungen vom Innern der Gebirge, (Dessau u. Leipzig 1785.) 3. Brief. Ueberdem noch unter den Juristen ABRAHAM KÄSTNER Diss. de usufructu partium metallicarum. Lipsiae 1744. §. 10. et II. und EMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. contr. cit. loc. not. t. pag. 12.

99) VOET h. t. §. 27. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1117.

100) S. GALVANUS de Usufr. Cap. 30. §. 8. pag. 382. edit. Tubing. de COCCEJI iur. civ. contr. h. t. Qu. 13. Ge. Steph. WIESAND Opuscul. iurid. (Lipsiae 1782. 8.) Specim. I. Obf. 3. pag. 5. sqq.

1) L. 7. §. 14. D. Solut. matrim.

Glücks Erlaut. d. Pand. 9. Th.

D

auszugeben schuldig, eben so als wenn der Schatz auf jedem andern fremden Grunde wäre gefunden worden. *Pars eius dimidia restituetur*, sagt Ulpian, *quasi in alieno inventi*. Als Fructuar hat hier also der Finder gar keinen Antheil an dem gefundenen Schatze.

Von den Römern war der Fall nicht ungewöhnlich, daß der Nießbrauch von einem Sklaven Jemandem durch Vertrag oder letzten Willen gegeben wurde, weil man die Sklaven zu den Sachen zählte, und sie in Absicht auf den Verkehr, den man mit ihnen trieb, dem Viehe gleich achtete²⁾. Wenn nun die *res usufructuaria* eine Sklavin war, und diese während der Nutznießungszeit ein Kind gebär, so erstreckte sich das Recht des Usufructuars nicht auf diesen Partus. Unter den ältern römischen Rechtsgelehrten war zwar die Frage, ob nicht der Nutznießer sich das Sklavenkind als fructus zueignen könne, streitig. P. Scävola und M. Manilius behaupteten dieses wirklich, wie uns Cicero³⁾ erzählt. Allein schon M. Brutus wich von dieser Meinung ab, und sprach das Sklavenkind dem Proprietar zu. Diese Meinung ward auch nach der Bemerkung Ulpians⁴⁾ in den Gerichten angenommen,

2) L. 2. §. 2. D. ad Leg. Aquil. L. 38. §. 2. et sqq. D. de aedilit. Edicto.

3) De finib. bonor. et malor. Lib. I. cap. 4.

4) L. 68. pr. D. h. t. Vetus fuit quaestio, an partus ad fructuarium pertineret? Sed BRUTI sententia obtinuit, fructuarium in eo locum non habere. Neque enim in fructu hominis homo esse potest. Hac ratione nec usumfructum in eo fructuarius habebit.

men, und von Justinian ¹⁾ bestätigt. Nach der Natur der Sache hätte zwar freylich das Sklaventind dem Usufructuar eben so gut gehört, als die Jungen eines nützlichen Thiers ²⁾. In dieser Hinsicht hatten gewiß Scaevola und Manilius sehr consequent geurtheilt, deren Meinung auch von dieser Seite Georg D'Arnaud ³⁾ vertheidiget. Allein juristisch hatten sie Unrecht, das heißt, zu Folge gesetzlicher Verfügungen durfte dennoch das Sklaventind nicht nach den Grundsätzen von fructus beurtheilt werden ⁴⁾. So ist Justinian zu verstehen, wenn er sagt: *In pecudum fructu etiam foetus est, sicuti lac, pilus, et lana. Itaque agni, hoedi et vituli, et equi, et fuculi statim naturali iure domini fructuarii sunt. Partus vero ancillae in fructu non est; itaque ad dominum proprietatis pertinet*, wie auch Ronopat ⁵⁾ ganz richtig bemerkt. Die ganze Stelle ist, so wie sie lautet, aus Cajus entlehnt, und steht auch wörtlich *L. 28. D. de usuris et fruct. ¹⁰⁾*. Der Grund,

D 2

welch

5) §. 37. *I. de rer. divis.*

6) Oft werden auch wirklich fructus und partus ancillarum in eine Classe gesetzt. *L. 39. §. 1. L. 91. §. ult. D. de legat. I. L. 24. §. 1. D. ad Leg. Falcid.*

7) *Vitae Scaevolar. Dissertat. postuma, edita, adjectis observationib. a Henr. Io. ARNTZENIO. (Trajecti ad Rhen. 1767. 8.) §. 18. pag. 50.*

8) Man sehe des 3. Theils 1. Abschn. §. 590. C. 255. wo der Begriff von fructus aus dem römischen Recht erklärt ist.

9) *Institutionen des Röm. Rechts §. 283. Not. I. C. 203.*

10) Diesem ist nicht entgegen, wenn Celsus sagt *L. 63. D. de legat. I. Si ancillae omnes, et quod ex his natum erit, testa-*

tor

welcher in beyden Stellen fast gleichlautend angeführt wird: *Absurdum enim videbatur, hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit*, leuchtet zwar nicht allen ein, und ist daher von mehreren Rechtsgelehrten ¹¹⁾ verworfen worden; welche vielmehr den Grund darin setzen wollen, weil man eine Sklavin nicht zum Kindergebahren, sondern zur Arbeit anzuschaffen pflege; obgleich auch dieser Grund vielen nicht gefällt, und von Janus a Costa ¹²⁾ eine *ratio nive gallica frigidior* genannt wird. Daher Cornelius van Byntershoeck ¹³⁾ einen andern Grund anführt, nämlich den, daß ein Sklavenskind gar nicht die Eigenschaft eines *fructus* habe, welche darin besteht, daß man die Frucht consumiren kann.

Dem

tor legaverit, una mortua servius partum eius negat deberi, quia accessionis loco legatus sit, quod falsum puto, et nec verbis, nec voluntati defuncti accommodata haec sententia est. Celsus läugnet keinesweges, daß Sklavensfinder, als eine *Accessio*, dem Eigenthumsherrn gehörten. Er tadelt nur den *Servius*, daß er davon eine unrichtige Anwendung in einem Falle gemacht habe, wo die Sklavin und ihre Leibesfrucht als zwey Hauptsachen vermacht worden, von denen also die eine, wenn sie auch gleich sonst nur *accessio* ist, doch dem Willen des Erblassers gemäß, immer noch als Hauptsache gefordert werden konnte. S. *Cbrist. Gottl. Gmelin Diss. de diversis partus ancillae et fetus pecoris iuribus, Tub. 1778. §. 3.*

11) S. VINNIUS in Comm. ad §. 37. I. de rer. divis. nr. 1. DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. IV. cap. 25. et Lib. X. cap. 8. Greg. MAJANSIUS ad triginta Ictorum fragmenta Tom. I. pag. 130.

12) Commentar. ad §. 37. Instit. cit.

13) Observation. iuris Rom. Lib. V. cap. 7. (Tom. II. pag. 23. edit. Heineccian.)

Dann sey indessen, wie ihm wolle, so ist wenigstens nicht zu läugnen, daß der von Justinian aus dem Cajus entlehnte Grund ursprünglich von den Stoikern herrührt, deren Lehrsätze die römischen Juristen sehr ergeben waren, wie Galvanus ¹⁴⁾, Merillius ¹⁵⁾ und Malch ¹⁶⁾ mit vieler Gelehrsamkeit gezeigt haben. Der Grund beweist übrigens, daß Everhard Otto ¹⁷⁾ Unrecht hat, wenn er behauptet, daß der *partus ancillae* nur nicht in Ansehung des Usufructuars, wohl aber in Ansehung eines *bonae fidei possessoris* als ein *fructus* angesehen werden könne, welchen Emelius ¹⁸⁾ gründlich widerlegt hat.

§. 634.

Rechte des Usufructuars in Absicht auf bürgerliche Früchte,
Cession des Usufructs.

Der Usufructuar zieht also alle Früchte der Sache, und kann sich insonderheit auch die durch die Sache gewonnenen bürgerlichen Früchte (§. 590.) zueignen. Er kann daher

1) die nutznießliche Sache verpachten oder vermischen, und den jährlichen Pachtzins oder Mithgelt dafür erheben, sofern nämlich die Sache so beschaffen ist, daß sie jeder ordentliche Mensch unter diesen Umständen ver-

D 3

pachtet

14) De Usufructu. Cap. 26. §. 3. pag. 356. edit. Tubing.

15) Observation. Lib. I. cap. 12.

16) Ad Eckhardi Hermeneut. iuris Lib. I. §. 132. pag. 239. sqq.

17) Commentar. ad §. 37. I. de rer. divis.

18) Diff. cit. de div. partus ancillae et foveo pecora. iurib. §. 3. 4. et sqq.

pachtet oder vermietet hätte; gesetzt auch, daß der Erblasser, welcher den Nießbrauch vermacht hat, sie nie zu verpachten oder zu vermieten pflegte. Es muß auch der Miethleiher dahin sehen, daß durch die Vermietung weder die nützlichste Sache Schaden leide, noch der Wohlstand dadurch verlegt, und der gute Name des Proprietärs dadurch beschimpft werde. Hierher gehören folgende Stellen.

L. 22. §. 2. D. b. t. *Usufructuarius vel ipse frui ea res, vel aliā fruendam concedere, vel locare potest.*

L. 27. §. 1. D. b. t. *Si dominus solitus fuit tabernis ad mercedes suas uti, vel ad negotiationem, utique permittetur fructuario locare eas et ad alias merces; et illud solum observandum, ne vel abutatur usufructuarius, vel contumeliose iniurioseve utatur usufructu.*

Die letztern Worte dieser Stelle zielen darauf, daß der Usufructuar das ihm zur Nutznießung eingeräumte Haus weder selbst zum Bordel mache, noch zu einem solchen Zweck vermiethe.

L. 15. §. 4. et 5. D. b. t. *Et si vestimentorum usufructus legatus sit, non sicut quantitatis usufructus legatur, dicendum est, ita uti eum debere, ne abutatur, nec tamen locaturum: quia vir bonus ita non uteretur.* (Hier ist der Kleidernießbrauch für einen wahren Nießbrauch erklärt, und verordnet, daß zwar der Usufructuar die Kleider ordnungsmäßig gebrauchen, aber nicht vermieten dürfe, weil kein guter Wirth seine Kleider

der zu verkleiden pflegt.¹⁹⁾ Der Masken und theatra-
lischen oder Trauerkleidern ist es anders. Proinde, sagt
§. 5. et si *fimicas vestis usufructus* legatur vel alio-
rius apparatus: alibi, quam in scena, non utetur.
Sed an et locare possit, videndum est? et puto locaturum:
et liceo testator commodare, non locare fuerit
solitus, tamen ipsam *fructuarium locaturum*, tam *sceni-*
cam, quam *funerariam vestem*.

Auch sogar an den Proprietar selbst kann der fundus
fructuarius verpachtet werden, welcher nun den Nieß-
brauch auf den Namen des Usufructuars ausübt, und,
wie ein anderer Pächter, das Pachtgeld zahlt.²⁰⁾

Sollte das nützlichste Gut zur Zeit des entstande-
nen Nießbrauchrechts verpachtet seyn, so gehören dem
Usufructuar auch die laufenden Pachtgelder, wenn selbige
nicht ausdrücklich dem Eigenthümer vorbehalten sind. Es
hebt jedoch das Nutzungsrecht, eben so wie der Kauf, so-
fern nicht ein Anderes ist festgesetzt worden, die Pachtung
auf, wie folgende Stelle beweist.

L. 59. §. 1. D. b. t. Quidquid in fundo nascitur,
vel quidquid inde percipitur, ad fructuarium pertinet:
pensiones quoque iam antea locaturum agrorum, si ipsae
quoque specialiter comprehensae sint. Sed ad exem-
plum venditionis²¹⁾, nisi fuerint specialiter exceptae,
potest usufructuarius conductorem repellere.

D 4

2) Der

19) C. WESTPHAL c. l. §. 710. not. 2.

20) L. 29. pr. D. Quib. mod. usufr. amitt.

21) L. 9. Cod. de locato. C. WESTPHAL c. l. §. 643. not. 573.

2) Der Usufructuar kann ferner, als solcher, wenn
 ihm ein Grundstück, z. B. ein Haus, zur Nutzung
 vermacht worden ist, und der Nachbar ein benachbartes Haus
 besitzt, aus dessen Einsturz für das nutznießliche Gebäude ein
 Schaden zu besorgen ist; nicht nur wegen Ersetzung dessel-
 ben die *cautio damni infecti*, und bei deren Verweige-
 rung eine Einweisung in den Besitz des nachbarlichen Hau-
 ses fordern; sondern es bleibt auch das durch die präto-
 rische Missio erworbene Eigenthum, eben so wie das an
 andern percipierten Früchten, fortdauernd und unwieder-
 ruflich, wenn gleich der Mißbrauch nachher sich endiget.
 Hierher gehört L. 7. §. 1. D. b. t. wo Ulpian sagt: *Rei
 soli, ut puta aedium, usufructu legato, quicunque re-
 dixus est, ad usufructuarium pertinet, quaeque obven-
 tiones sunt ex aedificiis, ex arvis, et caeteris, quae-
 cunque aedium sunt. Unde etiam mitti eum in possessio-
 nem vicinarum aedium causa damni infecti placuit, et iure
 domini possessorum eas aedes, si perseveretur non ca-
 veri, nec quidquam amittere finito usufructu*, oder wie es
 in den Basiliken ²²⁾ heißt: *Kai ouk apollai ten despo-
 teian phragomenes tes xerosews*, i. e. nec dominium amit-
 tit, extincto usufructu.

3) Der Usufructuar kann auch den usufructum ver-
 pfänden, und sich dadurch Credit verschaffen. In dieser
 Hinsicht wird die Verpfändung der Sache zu den fructibus
 gerechnet ²³⁾. Es ist auch dazu nicht einmal die Einwilli-
 gung des Proprietars erforderlich. Es gilt denn aber
 frey,

22) Tom. II. Lib. XVI. Tit. I. pag. 246.

23) L. 72. D. de div. reg. iuris. *Fructus rei est vel pignori
 dare licere.*

freilich die Verpfändung länger nicht, als so lang das Recht des Usufructuars dauert; der Gläubiger kann auch nur aus den Früchten seine Befriedigung erhalten²⁴⁾. Endlich

4) kann auch der Usufructuar die Ausübung seines Nießbrauchs einem Andern durch Kauf, Schenkung oder precario überlassen²⁵⁾. Das Recht selbst aber kann er Niemandem, als dem Proprietar, cediren²⁶⁾. Denn das Recht der Nutznießung ist an seine Person gebunden, und folglich unveräußerlich²⁷⁾. Es hat daher die Veräußerung des Nießbrauchs durch Verkauf oder Schenkung im Wesentlichen keine andere Wirkung, als eine bloße Verpachtung. Denn es entsteht daraus ein bloß persönliches Recht gegen den Usufructuar, und nur die Form dieser obligatio ist verschieden²⁸⁾. Die Folge dieses Satzes ist, daß, wenn auch der Besitz der Sache auf den Käufer oder Donatar übertragen wird, dennoch das Recht des usufructus ungedändert bey dem Usufructuar verbleibt²⁹⁾, und wenn das Recht des Nutznießers aufhört, der usufructus an den Proprietar zurückkehrt, als wenn kein Kauf noch Schenkung geschehen wäre. Eben deswegen, weil aus einer

24) L. 11. §. 2. D. de pignori. C. Westphals Pfandrecht §. 140.

25) §. 1. I. de usu et habitat. L. 12. §. 2. D. de usufr. L. 2. §. 2. D. de peric. et commod. rei vendit. L. 13. C. de usufr.

26) §. 3. I. h. t.

27) L. 3. §. 3. D. Quib. mod. usufr. amitt. L. 4. D. de novat.

28) von Savigny Recht des Besitzes. 5. Abschn. §. 44.

29) L. 38. 39. et 40. D. h. t. L. 66. D. de iure dot.

Unter solchen Ueberlassung der Nutznießung an Andere dem Proprietar kein Nachtheil erwächst, kann sie sogar gegen den Willen des Proprietars geschehen. Julian sagt ausdrücklich L. 67. D. b. t. Cui usufructus legatus est, etiam invito herede eum extraneo vendere potest. Nur sein dingliches Recht kann er keinem andern, als dem Proprietar durch Cession abtreten, sonst ist die Abtretung ungültig. Hierher gehört die so sehr bestrittene Stelle der Institutionen, §. 3. de usufructu, wo Justinian sagt: Item finitur usufructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur (nam cedendo extraneo nihil agitur). Man ist hier über die Erklärung der letztern Worte nicht einig. Johann van de Water³⁰⁾ glaubt nicht, daß sie den Sinn haben, als ob die einem Andern, als dem Proprietar, geschehene Cession des Nutznießungsrechts, ganz ohne Wirkung sey. Denn Justinian gebe in der angeführten Stelle nur die verschiedenen Arten an, wie der Nießbrauch aufhöret, und gedente zuletzt auch der Consolidation; diese geschehe, wenn der Nutznießer sein Recht dem Proprietar cedirt, keinesweges aber finde eine solche Consolidation Statt, wenn der Nießbrauch einem extraneo, d. i. einem solchen, der nicht der Proprietar ist, cedirt wird. Dies sey der Sinn der Worte: nam cedendo extraneo nihil agitur, i. e. nulla potest hic locum habere consolidatio. Diese Worte hätten also bloß ihre Beziehung auf den Proprietar. Auf Seiten des extraneus sey die Cession nicht ohne Wirkung. Dieser könne allerdings ein Recht aus der ihm geschehenen Cession erlangen, denn Justinian sage ja selbst an einem andern Orte

30) Observation. juris Rom. Lib. III. cap. 11.

Orte seiner Institutionen §. 1. *I. de usu et habitat.* Der Usfructuar könne *ius, quod habet, alii aut locare, aut vendere, aut gratis concedere.* Nur sey die Cession vom Kauf nicht mehr unterschieden, nachdem Justinian den Unterschied zwischen dem *dominio quiritario* und *bonitario* aufgehoben hat. Ja daß selbst nach dem ältern Rechte der Usfructuar sein Recht einem extraneo habeciren können, beweise eine Stelle aus Ulpian's Fragmenten unwidersprechlich, in welcher *lit. 19. Fragment. §. 10:* und *11.* gesagt werde: *In iure cedit dominus; vindicat is, cui ceditur; addicit Praetor. In iure cedi res etiam incorporales possunt, veluti usufructus, et hereditas, et tutela legitima, et libertas.* Allein, daß aller dieser Gründe ungeachtet, diese Erklärung dennoch offenbar unrichtig sey, läßt sich sehr leicht darthun. Theophilus, welcher, als Mitarbeiter am Text der Institutionen, gewiß auch der beste Ausleger derselben ist, erklärt das *nihil agere* in seiner griechischen Paraphrase *ad §. 3. I. de usufr.* ausdrücklich so, daß die Cession ungültig sey. Er sagt: *Ἐξωτιμῶ γὰρ παρὰχωρῶν οὐδὲν κέρττει; ἀλλὰ ἀνεπὲρ γητόεσ ἐστὶν ἡ παρὰχωρησις. i. e. Namque extraneo cedens nihil agit, sed inefficax est cessio.* Es ist aber auch aus andern Stellen unserer Gesetze hinlänglich bekannt, daß die Redensart: *nihil agere* immer die Richtigkeit und Unwirksamkeit eines Geschäfts ausdrücke³¹⁾. Insonderheit aber überzeugt uns hiervon Pomponius in der *L. 66. D. de iure dot.* wo er sagt: *Si usufructus fundi, cuius proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi*
a do-

31) §. 2. *I. de auctor. tutor. L. 35. §. 4. D. de usufr.* Noch mehrere Stellen führt arissonius de Verb. Signif. v. *Nihil an.*

a domino proprietatis detur, difficultas erit post divortium circa reddendum ius mulieri; quoniam diximus, usumfructum a fructuario cedi non posse, nisi domino proprietatis, et si extraneo cedatur, id est, qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversionem usumfructum. Schon hieraus erhellet, daß es ganz falsch sey, wenn van de Waer behauptet, daß zwischen Cession und Vendition des Nießbrauchs kein Unterschied sey. Denn welcher auffallende Widerspruch wäre es, wenn Justinian der Cession alle Wirkung abspricht, während er die Vendition des Nießbrauchs für rechtsbeständig erklärt! Es wird also nöthig seyn, den Unterschied zwischen den angeführten beiden Arten der Veräußerung näher anzugeben. Cession wird im Sinn des Civilrechts diejenige Art der Veräußerung genannt, wodurch Jemand sein Recht an einer Sache dergestalt auf einen Andern überträgt, daß es in der Person des Cedenten gänzlich aufhört, und auf den Cessionar mit voller Wirkung übergeht. Sie mußte ehemals auf eine feyerliche Art vor einem Magistrat geschehen, der die legis actio hatte. Der Cessionar vindicirte das ihm abgetretene Recht nicht anders vor Gericht, als ob es ex iure Quiritium sein Eigenthum sey. Der Prätor fragte den Cedenten, an contra vindicet, und wenn dieser es verneinte, oder schwieg, so erkannte er dem Cessionar das Recht als sein Eigenthum zu ³²⁾. Diese Cession war ehemals auch bey Constituirung des Nießbrauchs nöthig, wenn der Usufructuar das dominium ususfructus nach dem

32) CAYUS Lib. II. Institut. Tit. I. in SCHULTING Jurispr. Antiqu. pag. 84.

dem iure Quiritium erwerben wollte³³⁾. Wenn nun gleich jene Feudlichkeit im neuern römischen Recht ist aufgehoben worden, so ist doch der oben angegebene Begriff von der Cession unverändert geblieben, und hieraus ist denn zu erklären, warum der Nießbrauch, als ein subjectiv persönliches Recht, keinem extraneo cediri werden kann, ohne dem Consolidationsrecht des Proprietars zu nahe zu treten. Allein mit dem Verkauf des Nießbrauchs verhält sich die Sache anders. Dieser schließt eine Ueberstragung des Eigenthums nicht notwendig in sich, sondern verpflichtet bloß den Verkäufer zur Tradition³⁴⁾. Er kann also nach Maasgebung des Gesetze auf eine solche Art geschehen, daß das dem Käufer übertragene Recht doch noch nach der Person des Verkäufers beurtheilt, ja durch den Käufer in der Person des Verkäufers erhalten, und auf den Namen desselben ausgeübt wird. Folgende Gesessstellen überzeugen uns hiervon lebhaft.

L. 38. D. b. t. Non utitur usufructuarius, si nec ipse utatur, nec nomine eius alius, puta qui emit, vel qui conduxit, vel cui donatus est, vel qui negotium eius gerit. Plane illud interest, quod si vendidero usumfructum, etiamsi emtor non utatur, videor usumfructum retinere.

L. 39. D. eodem. Quia qui pretio fruitur, non minus habere intelligitur, quam qui principali re utitur fruitur.

L. 40.

33) ULPIAN. Fragm. Tit. XIX. §. 9. 10. et 11.

34) L. 11. §. 2. D. de act. emti vend.

L. 40. eod. Quodsi donavero, non alias retineo, nisi ille utatur.

Sonach leuchtet also der Unterschied zwischen Cession und jeder andern Veräußerung des Nießbrauchs helle genug in die Augen, den auch schon Cujaz³⁵⁾, Lycklama van Tyhole³⁶⁾ und Schifordegher³⁷⁾ hinlänglich auseinander gesetzt haben. Der letzte Grund, den van de Waer aus Ulpian's Fragmenten entlehnt hat, und worauf er am meisten bauet, ist gerade der schwächste. Ich gebe zwar gern zu, daß in dieser Stelle nicht von dem Verlust des Nießbrauchs durch eine an den Proprietar geschehene Cession, sondern von der Erwerbung desselben die Rede sey. Allein schon Anton Schulting³⁸⁾ hat richtiger eingesehen, daß Ulpian von der Constitution des Nießbrauchs zu verstehen sey, und keinesweges von einer Alienation desselben an einen extraneus rede. Denn zur Bestellung des Ususfructus wurde ehemals, um das dominium ususfructus zu erwerben, eine cessio in iure erfordert, weil ohne dieselbe der ususfructus nicht nach dem Civilrecht, sondern nur nach dem prätorischen Rechte bestehen konnte³⁹⁾.

Ob nun gleich aus den angeführten Gründen die meisten Rechtsgelehrten darin einverstanden sind, daß die Worte *nihil agitur* in der angeführten Stelle der Institutionen

35) *Not. ad §. 1. I. de usu et habitat.*

36) *Membranar. Lib. VII. Ecclog. 29. §. 1. Vol. II. p. 336. sq.*

37) *Ad Ant. FABRUM Lib. I. Tract. XII. Qu. 3. pag. 87.*

38) *Iurisprud. Antejustin. pag. 623. not. 39.*

39) *L. 1. pr. D. Quib. mod. ususfr. vel us. amitt. L. 9. §. 1. Du. usufr. quemadmod. caveat.*

tionen von der Ungültigkeit einer solchen Cession zu stehen sind, wodurch der Usufructuar sein Recht vergerichtet einem Andern, der nicht der Proprietar ist, abgetreten hat, daß dieser nun im eignen Namen das Nießbrauchsrecht ausüben soll, und solches in der Person des vorigen Usufructuars gänzlich aufhört; so sind doch darüber die Ausleger noch verschiedner Meinung, wie weit sich die Nichtigkeit einer solchen Cession erstrecke? Viele ^{1°)} glauben, die Cession sey nur insofern ohne Wirkung, daß der extraneus, an den die Abtretung geschehen ist, daraus kein Recht erlange. Dagegen berechtere die Nichtigkeit der Handlung, die doch immer als eine kategorische Abdication eines zuständigen Rechts gelten müsse, den Proprietar zur Einziehung des Nießbrauchs, dessen sich über, dem der Usufructuar, auch schon wegen Mißbrauchs seines Rechts, verlustig gemacht habe. Diese suchen ihre Meinung besonders aus der oben angeführten Stelle des Pomponius zu rechtfertigen, welcher L. 66 D. de iure dot. sagt: Si extraneo cedatur, id est ei, qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad domi-

num

40) Arn. VINNIUS Comm. ad §. 3. I. de Usufr. Iac. CUIACIUS ad Ulpiani Fragm. Tit. 19. §. 11. in SCHULTING Iurispr. Antequ. pag. 623. not. 38. Em. MERILLIUS Comm. ad §. 3. I. de Usufr. pag. 150. Io. Ortiv. WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Dig. Lib. VII. Tit. 4. §. 10. de COCCEJI iur. civ. contr. Lib. VII. Tit. 4. Qu. 3. Io. Iac. WISSENBACH Disputat. ad Institut. Disp. XII. §. 17. Ant. SCHULTING ad Iul. Paull Sent. recept. Lib. III. Tit. 6. §. 32. not. 73. in Iurispr. Antequ. pag. 363. Henr. BRENNEMAN Diatriba de Evrematicis. Cap. XII. §. 9. pag. 259. und Ge. Steph. WIESAND Diss. de cessione usufructus extraneo facta. Lipsiae 1766. §. 5. et 6.

nam proprietatis reversionem usufructum. Andere ⁴¹⁾ hingegen läugnen, daß die Worte *nihil agitur* eine solche Erklärung zuließen. Der Sinn derselben, sagen sie, könne sein anderer seyn, als daß die an den extraneus geschehene Cession für nicht geschehen zu halten sey. Es könne also weder ein Recht auf den Cessionar übergehen, noch der Proprietar daraus einiges Recht erhalten, sondern der Usufructuar werde seinen Nießbrauch behalten, eben so, als ob er ihn gar nicht cedirt hätte. Pomponius, sage auch nicht das Gegentheil, sondern nur soviel, der Nießbrauch werde der ein st, nämlich wenn eine gesetzliche Ursache, wodurch derselbe geendigt wird, eintritt, an den Proprietar wieder zurückfallen (*reversionem*), als wenn gar keine Cession geschehen wäre. Daß also der Nießbrauch der geschehenen Cession wegen verlohren gehe, sage er mit keinem Worte. So wenig nun auch diese Erklärung der *L. 66. D. de iure dot.* Beifall verdient, wenn man erwägt, daß zu Folge derselben der Rath, den Pomponius

41) GALVANUS de Usufructu Cap. XXXVIII. §. 12. Franc. HOTMAN, Franc. BALDUINUS, Ian. a COSTA und Ev. OTTO in Commentar. ad §. 3. I. de Usufr. Hub. GIPHANII Antinomiar. iuris civ. s. Disputat. ad Institut. Lib. II. Disp. X. nr. 33. Jo. VOET Comm. ad Pand. Lib. VII. Tit. 4. §. 3. de CASTILLO de Usufr. Cap. LXIX. nr. 20. sqq. Greg. MAJANSIUS Commentar. ad XXX. Ictor. fragmenta Tom. I. pag. 328. §. 5. sqq. Ulr. HUBER Digression. Iustinian. P. II. Lib. II. Cap. 18. p. 625. sqq. Io. d'AVEZAN Servitutum libr. P. VIII. §. *Certum itaque est etc.* (in MEERMAN Thes. iur. civ. et canon. Tom. IV. pag. 205.) STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XII. Th. 35. WALCH Introd. in controuv. iur. civ. pag. 159. edit. noviss. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1125. und MALBLANC Princip. iuris Rom. T. II. §. 427.

ponius hier giebt, ganz zwecklos gewesen seyn würde, wenn nur von einem künftigen Rückfall des usufructus an den Proprietar die Rede gewesen wäre, wie ich nachher noch einleuchtender zeigen werde; so unumstößlich fest steht dagegen die Richtigkeit der Erklärung, welche nach dieser letztern Meinung von dem §. 3. *I. de usufructu* gemacht wird. Ich trage daher kein Bedenken, denen ⁴²⁾benzusplichten, welche behaupten, daß zwar nach der Strenge des ältern Civilrechts, wovon Pomponius zu verstehen sey, eine nach dem Recht des damaligen Zeitalters ungültige cessio des usufructus den Verlust des Rechts zur Folge gehabt habe, nach dem neuern römischen Rechte hingegen, welches in den Institutionen des Kaisers Justinian gelehrt wird, diese Folge aufgehoben, und nur die Cession des Nießbrauchs an einen extraneus in Absicht auf das Recht selbst für ungültig erklärt worden sey. Das letztere erhellet aus dem Inhalte der oben angeführten Institutionenstelle ganz evident. Justinian, welcher daselbst von den verschiedenen Arten handelt, wie der Nießbrauch aufhört, setzt die Cession des Ususfructs, welche dem Proprietar geschehen ist, offenbar derjenigen entgegen, welche an einen Extraneus geschieht. Von der erstern sagt er, daß durch sie der Nießbrauch sich endige, hingegen von der letztern sagt er nur, daß die Cession nichtig sey. So konnte

42) Ger. NOODT de usufructu Lib. II. cap. 10. Franc. BROEUS Exposition. in Iustiniani Institut. ad §. 3. de usufr. nr. 3. p. 277. Hen. Tb. PAGENSTECHEI Iur. Pegasus. pag. 31. sq. not. b. WESTPHAL de libert. et servitut. praedior. §. 946. et not. 833. pag. 665. EMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. contrav. Lib. VII. Tit. 4. Qu. 3. not. l. u. THIBAUT Syst. 2. B. §. 622. Not. q. C. 61.

konnte sich Justinian nicht ausdrücken, wenn seine Absicht gewesen wäre, daß auch in dem letztern Falle der Nießbrauch an den Proprietar zurückfallen solle. Eben so deutlich ist aber auch das ältere, diesem entgegenstehende Recht aus der L. 66. D. de iure dot. zu erweisen. Daß überhaupt in den Pandecten des Kaisers Justinian viel antiquarisches Recht sich befindet, was nach der Absicht desselben nicht als geltendes Recht, sondern nur der Geschichte wegen in die Pandecten aufgenommen ward, ist schon von Andern ⁴³⁾ sehr richtig bemerkt worden. Die L. 66. giebt uns davon ein treffendes Beispiel. Pomponius, aus dessen *libro 8. ad Q. Mucium* diese Stelle genommen ist, trägt darin folgenden Fall vor. Ein Dritter hatte für eine Ehefrau dem Ehemann derselben ein Heyrathsgut gegeben, welches in dem Nießbrauche eines ihm gehörigen Grundstücks bestand, sich jedoch den Rückfall nach getrennter Ehe nicht vorbehalten. Die Ehe ward in der Folge durch ein Divortium wieder getrennt. Nun entstand die schwierige Frage, wie es mit der Restitution des Heyrathsgutes zu halten sey? Der Ehemann hatte hier durch die Bestellung des Heyrathsguts bloß das Recht einer persönlichen Dienstbarkeit erhalten. Nun kann ein solches Recht zwar dem Proprietar, aber keinem Andern teidirt werden. Gleichwohl hatte sich der Proprietar den Rückfall nach getrennter Ehe nicht vorbehalten. Also mußte nach gemeinem Rechte das Heyrathsgut der Frau resti-

43) S. Henr. BRENCMANNI Disp. de Legum inscriptionibus §. 23. (in Abr. WIELING *Iurisprud. restituta* Tom. II. p. 169.) und THIBAUT *Theorie der logischen Auslegung des Röm. Rechts* §. 38. S. 165. der zweiten Aufl.

restituirt werden. Allein diese war eine extranea, weil ihr die Proprietät des Grundstücks nicht gehörte. Hätte also der Ehemann den Nießbrauch seiner geschiedenen Frau cediren wollen, so wäre die Handlung nichtig gewesen, und der Nießbrauch, wovon sich der Ehemann durch die Cession einmal feyerlichst losgesagt hatte, an den Proprietar zurückgefallen. Denn zu den Zeiten des Pomponius war noch die feyerliche cessio in iure üblich ⁴⁴⁾. Um nun dieser Schwierigkeit abzuhelpen, rathen einige Rechtsgelehrten, deren Rath auch hier Pomponius billiget ⁴⁵⁾, der geschiedene Mann solle der Ehefrau den Nießbrauch zum Schein verpachten, oder verkaufen, und dies könne auch nummo uno, d. i. für ein Bagatell geschehen, welches man sonst gar nicht für ein Pachtgeld oder Kaufpreis rechnen kann ⁴⁶⁾. Auf solche Art verbleibe das Recht selbst dem Manne, und die Frau genieße blos, so lange jener lebt, die Früchte. Man könnte nun zwar freylich mit Joseph Sinestres ⁴⁷⁾ gegen diese Cautel noch einwenden,

P 2

daß

44) S. Ios. Fernand. de RETES Opusculor. Lib. I. cap. 19. nr. 7. et 8. (in Thes. Meermaniano Tom. VI. pag. 65.)

45) Pomponius drückt sich in der angeführten L. 66. darüber so aus: Quidam ergo, remedii loco, recte putaverunt introducendum, ut vel locet hunc usumfructum mulieri maritus, vel vendat nummo uno: ut ipsum quidem ius remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat.

46) Die Ausdrücke: nummus unus, nummus sestertius, drücken immer in unsern Gesetzen eine unbedeutende Kleinigkeit (res minima) aus. S. Ios. AVERANII Interpretat. iur. Lib. I. cap. 29. nr. 4.

47) In Hermogeniani Icti iuris Epitomar. libros VI. Commentar. pag. 596. sq. §. 6.

daß es eines solchen Scheinpachts oder Scheinverkaufs gar nicht bedurft habe. Denn beides läuft doch am Ende auf weiter nichts, als auf eine Schenkung hinaus ⁴⁸⁾). Dergleichen können aber nach der Ehescheidung unter Ehegatten auf eine gültige Art geschehen. Auch läßt sich der Zweck hierdurch eben so gut erreichen, weil der Nießbrauch von dem Usufructuar einem Extraneus durch Schenkung auf eine solche Art überlassen werden kann, daß das Recht selbst bey dem erstern bleibt, und solches nur durch den Donatar ausgeübt wird ⁴⁹⁾). Allein sollte auch die Ant-

wort,

48) L. 46. D. locati. L. 10. §. ult. D. de acquir. possess. L. ult. D. pro donato. L. 38. D. de contrab. emt. vendit.

49) L. 12. §. 2. L. 38. et L. 40. D. b. t. Nicht alle römischen Juristen scheinen auch wirklich jene Cautel gebilliget zu haben. Marcellus schlägt wenigstens ein anders Mittel vor, wie ohne jene Weitläufigkeit der zum Heyrathsgut dem Mann bestellte Nießbrauch der geschiedenen Frau zu restituiren sey. Er sagt nämlich L. 57. D. Soluta matrimo. Usufructu in dotem dato, si divortium intervenerit, nec proprietas rei apud maritum vel mulierem sit, eam dotis esse restitutionem, ut maritus caveat, quamdiu vixerit, passurum se uti frui mulierem heredemque eius. (Dies führt Marcellus aus Julian an, zu dessen Digesten er Noten geschrieben hat. S. MAJANSIUS ad 30. Ictor. fragmenta T. I. pag. 328. §. VII.) Quod an verum sit circa adjectionem heredis, dubito. Interest, quemadmodum sit ususfructus in dotem datus. Si, cum haberet mulier fructum, (i. e. usumfructum) viro, cuius erat proprietas fundi, usumfructum cessit: nihil mulier heredi suo relinquet: debatur enim ei ususfructus, qui ad heredem non solet transire. Quodsi fundi sui fructum mulier viro cessit, restitui is a viro debet: cum proprietate enim ad heredem eius transisset, si vir in reddendo eo non fecisset moram. Si vero alienata sit pro-

prie-

wort, wodurch Gregor Majansius ⁵⁰⁾ diesem Einwande zu begegnen sucht, wenn er sagt, es könne hier, wo es auf Restitution des Heyrathsgutes ankommt, von keiner Schenkung die Rede seyn, weil diese aus bloßer Freygebigkeit geschieht, dahingegen der Ehemann zu jener rechtlich verbunden ist, nicht jedem einleuchten; obwohl nicht zu läugnen ist, daß in solchen Fällen, wo blos von Erhaltung eines Rechts die Rede war, auch eine sonst imaginäre Handlung ihre volle Wirkksamkeit behauptet, und der nummus unus für ein iustum pretium gilt, wie schon Joseph Aweraninus ⁵¹⁾ ganz richtig bemerkt hat; so beweist doch wenigstens die hier von den römischen Juristen

P 3

erfuns

prietas, aut aliquis fundi sui usufructum mulieris iussu viro eius dederit in dotem; inspicendum est primum, quemadmodum mulieri possit restitui. Potest autem vel cautionibus interpositis; ut, sicut potest, vir iure suo cedat mulieri, fruique eam patiat: (daß *sicut potest* geht darauf, daß eine eigentliche Cession des Nutznießungsrechts hier nicht mehr Statt findet, weil die Frau, welche die Proprietät veräußert hat, als eine extranea zu betrachten ist, der Mann kann ihr also nur den Genuß der Früchte durch Cautionsleistung versichern. S. POTHIER Pand. iustin. Tom. II. Tit. Soluto matrim. Nr. LII. not. a. pag. 67.) vel, si se accommodavit dominus proprietatis, volente eo mulieri constitutur usufructus. — Nam aut fructum fundi illi mulieri potest cedere, aut aliquid videlicet pro eo, ut inter eos actum fuerit, dare. (Dies setzt nämlich voraus, daß der Ehemann zuvörderst den Ususfructus dem Eigenthümer cedirt habe, damit dieser solchen der Frau aufs neue constituirten, oder sie sonst dafür entschädigen könne.)

50) Commentar. ad trig. Ictorum frag. T. I. pag. 328.

51) Interpretation. iuris Lib. I. cap. 29. nr. 1. Man sehe auch diesen Commentar 4. Th. §. 302. S. 182.

erfundene Cautel auf jeden Fall so viel, daß ohne dieselbe durch die Cession des Nießbrauches an einen Extraneus der ususfructus verlohren gegangen, und an den Proprietar zurückgefallen seyn würde, weil sonst die ganze Cautel offenbar zwecklos und unnütz gewesen wäre. Mit Recht sagt daher Vinnius⁵²⁾: *Hoc responsum non satis perspicillate examinaſſe videntur, qui negant, ex eo effici, quod nos dicimus, uſumfructum ſtatim, ut ceſſus eſt extraneo, ad proprietatem redire: ſed hoc ſaltem, REDITURUM ſuo tempore, ſcilicet morte fructuarii aut aliis modis finitum. Nam hoc etiam futurum eſt, remedio, quod Iureconſultus ſuggerit, adhibito. Sed et quod ait, eo demum adhibito, ſus ipſum penes maritum remanere, certum argumentum eſt, eo omiſſo non remanere. Poſtremo ſi non ſtatim poſt ceſſionem cum proprietate uſusfructus coniungitur, nullum mulieri praeiudicium maritus cedendo faciet, conſequeturque mulier id ipſum, quod quaerebatur, et quo nihil amplius deſiderare poteſt, perceptionem fructuum, uſque dum morte mariti uſusfructus finiatur. Quorſum igitur conſilium Iureconſulti? Aut cur negat, in propoſito quicquam tranſire?* Der Einwurf, den Ulrich Zuber⁵³⁾ dagegen macht, daß es gar nicht der Zweck des römischen Juristen gewesen ſey, zu lehren, wie und wenn der Nießbrauch ſich endige, ſondern nur, wie er der Frau, für die er zum Heyrathsgute gegeben worden, zu reſtituiren ſey, iſt höchſt unbedeutend. Man kann ihm das immerhin zugeben, und dennoch bleibt es unläugbar, daß durch die Cession des Nießbrauchs an einen Extraneus nach den deutlichen Worten des Pomponius

52) Commentar. ad §. 3. l. h. t. nr. 4.

53) Digreſſion. Iuſtinian. Lib. II. cap. 18. §. II. pag. 626.

ponius der usufructus geendigt, und an den Proprietari zurückgefallen sey. Verschiedene Rechtsgelehrten.⁵⁴⁾ wollen nun zwar behaupten, daß die Worte des Pomponius: *ad dominum proprietatis reuersurum usumfructum*, nicht allgemein von jeder Cession des Nießbrauchs an einen Extraneus zu verstehen, sondern nur auf den Fall einzuschränken seyen, von dem Pomponius handle, nämlich wenn der Nießbrauch gerade zum Zweck eines Heirathsgutes constituirte worden sey, weil dasselbe nach getrennter Ehe restituirt werden müsse. Nach dieser Ansicht soll sich also die L. 66. D. de iure dot. zum §. 3. L. de usufr. wie Ausnahme zur Regel verhalten. Allein wie wenig diese Meinung der Absicht des Pomponius entspreche, ist nicht schwer zu beweisen. Man darf nur die Worte: *Quoniam diximus, usumfructum a fructuatio cedi non posse, nisi domino proprietatis, et si extraneo cedatur, id est, ei, qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reuersurum usumfructum*, recht ansehen, so wird man sich sogleich überzeugen, daß sie die allgemeine Regel von der Cession des Nießbrauchs enthalten, unter welche Pomponius den Fall subsumirt, von dem er spricht. Was sollte auch für ein Unterschied zwischen dem Ususfructus, welcher zum Heirathsgut gegeben worden, und einem jeden andern seyn, da in dem einen Falle, wie in dem andern, der Nießbrauch seinem Wesen nach eine persönliche Dienstbarkeit bleibt, welche von der Person des Ususfructuarius nach dem Pandectenrechte durch

P 4

keine

54) C. Ios. Fernand. de RETES Opusculor. Lib. I. cap. 20. nr. 6. et 7. (bey MEERMAN Tom. VI. pag. 67.) und Io. van de WAT- TER Observation. iur. Rom. Lib. III. Cap. II. pag. 332.

seine Cession getrennt werden konnte, ohne daß der usufructus verloren gieng. Will man dem Pomponius allein nicht glauben, so wird der Ausspruch eines Paulus pollens überzeugen, welcher es als ganz bekannt annimmt: *usumfructum a persona discedere sine interitu sui non posse*⁵⁵⁾. Auf solche Art wäre also alle Verknüpfung der L. 66. mit dem §. 3. I. de usufr. vergeblich, und es ist lächerlich, wenn Galvanus⁵⁶⁾ sich eingeildet hat, Tribonian habe die Worte: *Quoniam diximus*, absichtlich hinzugefügt, um hiermit auf die Institutionen zu verweisen, und beide Stellen auf solche Art in Harmonie zu bringen. Denn es ist unerhört, daß je die Institutionen in den Pandecten wären citirt worden, wie auch schon Everhard Otto⁵⁷⁾ sehr gründlich dagegen erinnert hat. In Absicht auf den heutigen Gerichtsgebrauch sind zwar auch die Urtheile der heutigen Practiker verschieden. Nach Hofackers⁵⁸⁾ Zeugniß stimmt die Praxis der richtigen Erklärung des §. 3. I. de usufr. bey. Dafür bürgt auch die Auctorität eines Bergers⁵⁹⁾, und seines neuen Editors, des als praktischen Civilisten allgemein verehrten Haubolds⁶⁰⁾. Dagegen aber lehren Stryk⁶¹⁾, Carp-

300,

55) L. 15. D. Famil. ercisc.

56) de Usufr. Cap. XXXVIII. §. 9. pag. 352. edit. Tubing.

57) Commentar. ad §. 3. I. de Usufr. in fine.

58) Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1125. not. b.

59) Oecon. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. 18. not. 2.

60) Ad Bergerum cit. loc. not. a. Tom. I. pag. 339.

61) Us. mod. Pand. Lib. VII. Tit. 4. §. 8.

300.⁶²⁾, Schilter⁶³⁾ und Lauterbach⁶⁴⁾, daß der Gerichtsgebrauch die L. 66. D. de iure dot. in dem Sinn angenommen habe, daß die Cession des Nießbrauchs an einen Extraneus das gänzliche Wegfallen desselben zur Folge habe, und empfehlen sogar die dort vorgeschlagene Cautel dem Usufructuar noch jetzt. Allein wie wenig eine solche Praxis noch jetzt, nachdem Justinian⁶⁵⁾ alle jene Simulationen, die das Alterthum, um der Subtilität des strengen Rechts willen, für nöthig hielt, und namentlich auch des nummi unius, für überflüssig erklärt hat, zu rechtfertigen sey, hat schon Jacobus Constantianus⁶⁶⁾ bemerkt. Wer sollte also nicht vielmehr jenem Gerichtsgebrauche den Vorzug einräumen, der mit der Theorie des Rechts am besten übereinstimmt?

§. 635.

2) Rechte des Usufructuarius in Ansehung der Disposition.

Außer dem vollen Genuß der Früchte ist dem Usufructuar auch, soweit es der Zweck des Nießbrauchs erfordert, eine Disposition über die Substanz der Sache selbst gestattet. Zwar leidet es keinen Zweifel, daß es dem Nutznießer auf keine Weise erlaubt sey, solche Veränderungen mit der Sache vorzunehmen, wodurch dieselbe der-

gestalt

62) Resp. iuris Lib. VI. Tit. 6. Resp. 53. nr. 17. et 18.

63) Prax. iur. Rom. Exerc. XVII. §. 30. not. 2.

64) Colleg. th. pract. Pand. Lib. VII. Tit. 4.

65) L. ult. Cod. de donat.

66) Subtil. Enodation. Lib. I. cap. 15. (in Thes. Otton. Tom. IV. pag. 599.)

gestalt umgeformt wird, daß sie zu einer ganz andern Art von Sachen übergeht, als zu der sie bisher gehört hat. Er darf daher z. B. ein Grundstück, was bloß zum Vergnügen und zur Lustbarkeit bestimmt, und auch nur als ein solches dem Usufructuar zum Gebrauch eingeräumt worden ist (*praedium voluptarium*), nicht um seines Vortheils willen in ein bloß nutzbares Grundstück (*praedium fructuosum*) verwandeln, und statt der unfruchtbaren, bloß zu Alleen und schattigten gewölbten Spaziergängen bestimmten Bäume, Fruchtobäume anpflanzen, oder andere nutzbare Anlagen machen⁶⁷⁾. Er darf auch kein Gebäude, was bloß zu einem Magazin bestimmt und eingerichtet ist, in ein Wohngebäude, noch dieses in eine Mühle, oder Badehaus umändern, sondern muß schlechterdings bey Gebäuden die innere Einrichtung und die Hauptabtheilungen in denselben, nach der Beschaffenheit des Zwecks, wozu sie von dem Eigenthümer einmal bestimmt sind, unverändert lassen; wenn gleich durch eine solche Aenderung eine Erhöhung des Ertrags zu bewirken wäre⁶⁸⁾. Eben so ausgemacht ist es ferner, daß der

Nutz-

67) L. 13. §. 4. D. b. t. *Et si forte voluptarium* (so ist mit Haloander statt *voluptare*, wie es in der Florentine heißt, zu lesen. L. 39. D. de hered. petit. L. 7. 9. et 10. D. de imp. in res dot. fact.) fuit praedium, viridaria, vel gestationes vel deambulationes arboribus infructuosas opacas atque amoenas habens; non debet deicere, ut forte hortos olitorios faciat, vel aliud quid, quod ad reditum spectat. Man vergleiche Christph. Lud. CRELLII Diss. de usufructu praedii voluptarii. Vitembergae 1739.

68) L. 13. §. 8. D. b. t. Item si domus usufructus legatus sit, meritoria illic facere fructuarius non debet: nec per caenacula divi-

Nutznießer nichts vornehmen dürfe, wodurch die Lage des Eigenthümers überhaupt schlechter gemacht würde⁶⁹⁾; es geschehe nun entweder dadurch, daß er etwas nutzbares wegnimmt⁷⁰⁾, oder von der Sache einen andern Gebrauch macht, als wozu sie bestimmt ist⁷¹⁾. Denn dies wäre ein *abusus*, wofür der *Usufructuar* verantwortlich seyn würde. Dagegen ist es

1) dem

dividere domum: nec balneum ibi faciendum est. Quid autem dicit, meritoria non facturum, accipe, quae vulgo diversoria, vel fullonica appellant. C. WESTPHAL cit. libr. §. 668. not. 593. b.

69) *L. 13. §. 4. D. eod. Fructuarius causam proprietatis deteriore facere non debet: meliorem facere potest. Et aut fundi est usufructus legatus: et non debet neque arbores frugiferas excidere, neque villam diruere, neque quidquam facere in perniciem proprietatis.*

70) *L. 7. in fin. D. b. t. — nec utile detrahere posse.*

71) *L. 15. §. 1. D. b. t. Mancipiorum usufructu legato, non debet abuti, sed secundum conditionem eorum uti. Nam si librarium rus mittat, et qualum (b. i. ein geflochtener Korb über Butte, dergleichen man beim Weinfestern gebrauchte, um den Most durchtröpfeln zu lassen. L. 8. D. de instr. et instrum. leg. ISIDORUS Lib. XX. Originum cap. 14. VIRGILIUS Lib. II. Georg. v. 241. C. CUJACIUS Lib. XI. Observat. cap. 36. und POTHIER Pand. Justin. h. t. nr. 23. not. e.) et calcem portare cogat; histrionem balneatorem faciat; vel de symphoniaco (musikalischer Sänger) atriensem (Hauswärter C. WESTPHAL pag. 455.); vel de palaestra stercorandis (oder vielmehr exstercorandis, i. e. stercore purgandis, wie CUJACIUS Lib. XI. Observation. cap. 36. liest) latrinis praeponat: abuti videbitur proprietate.*

1) dem Usufructuar erlaubt, zum Behuf seines Nießbrauchs alles nöthige vorzunehmen. Er kann z. B. in dem nutznießlichen Gebäude, wo es zur Erhellung desselben nöthig ist, Fenster anlegen⁷²⁾. Kann ferner der Erndte wegen ein Gebäude errichten⁷³⁾; und wenn ihm der Nießbrauch von einer area, z. B. zum Dreschen oder zur Bleiche (S. 25.) gegeben worden ist, so kann er zur Verwahrung der auf dem Platz befindlichen Sachen eine Hütte bauen⁷⁴⁾. Es steht ihm auch

2) frey, die Substanz der nutznießlichen Sache zu verbessern, und zwar dadurch, daß er sie schöner oder nützlicher macht⁷⁵⁾. Er darf sie also insoweit auch verändern, nämlich a) wenn erhöhte Einkünfte bey einer, doch schon zur

72) L. 13. §. 7. D. b. t. Sed si aedificum usufructus legatus sit, *NEVA filius et lumina immittere eum posse ait.* Ohne Grund spricht Ger. NOODT Lib. I. de Usufr. c. 11. dem Usufructuar diese Befugniß ab, indem er lumina immittere durch *reficere* oder *tuari* erklärt. Allein diese Erklärung streitet ganz gegen den römischen Sprachgebrauch, wie schon Io. IENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pandect. pag. 47. sq. gezeigt hat. Auch die Basilica Lib. XVI. Tit. 1. widersprechen jener Erklärung, wo es heißt: *Επι τῇ αὐτῇ χερσὶν δόξαντος οἷου δουρὶν φῶτα ἐπιφέρει.*

73) L. 13. §. 6. D. b. t. Sed nec aedificium quidem positurum, nisi quod ad fructum percipiendum necessarium sit.

74) L. 73. D. b. t. Si areae usufructus legatus sit mihi, *posse me casam ibi aedificare, custodiam causa earum rerum, quae in area sint.*

75) L. 13. §. 5. in fin. D. b. t. Siquidem ei permittitur *meliorare proprietatem.*

zur Gewinnung von Einkünften bestimmten, Anlage die Folge der Veränderung sind; b) Wenn nicht die Art der Sache dadurch verändert wird; und c) wenn auch nicht in sonstiger Hinsicht ein Nachtheil für den Proprietar daraus erwächst ⁷⁶⁾. Es ergiebt sich hieraus, daß nicht schlechthin jede Melioration der Sache für erlaubt zu halten ist. Denn bey der unendlichen Verschiedenheit menschlicher Neigungen und Zwecke versteht sich's wohl von selbst, daß nicht gleich jede, dem Usufructuar vielleicht nützliche, Anlage und Verbesserung der Sache, auch immer Vortheile für den Proprietar gewährt, es kann vielmehr umgekehrt unterweilen ein Nachtheil für diesen damit verknüpft seyn ⁷⁷⁾. Um daher die Befugnisse des Usufructuars in Absicht auf die Verbesserung der Sache näher zu bestimmen, ist hauptsächlich darauf zu sehen, was die Beschaffenheit der Sache, und die Art des gegebenen Nießbrauchs für Einschränkungen an die Hand giebt. Vergleichen wir nun hierüber die Vorschriften des römischen Rechts ⁷⁸⁾, so ist nach Maasgebung derselben ein Unter-

76) *S. Io. D'AVEZAN Servitutum libr. P. III. cap. 8. (bey MEERMAN TOM. IV. pag. 143.) VORT Comment. h. t. §. 24. CRELL Diff. cit. de usufr. praedii voluptarii §. 9. et 10. HUFELAND Pandectencompendium §. 302. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 611. anderer Meinung ist FEUERBACH in den civilist. Versuchen. 1. Th. Nr. IV. §. 135. ff. Allein man sehe Hagemester über fr. 13. §. 5. D. de usufr. in Hugo civilist. Magazin. 3. Band. Nr. XIII. §. 257. ff.*

77) *Arg. L. 23. D. de usu et hab. — Causam facit deteriore, etiam in meliorem statum commutata.*

78) *L. 7. §. 3. L. 8. L. 13. §. 4—7. L. 15. §. 1—3. et L. 27. §. 2. D. h. t.*

Unterschied zu machen, ob der Nießbrauch an einer beweglichen oder an einer unbeweglichen Sache bestellet worden ist.

a) Ist die nutznießliche Sache eine bewegliche, so muß er sie lassen, wie sie ist, und darf sie nur insoweit vervollkommen, als deren Art und ursprüngliche Bestimmung dadurch nicht verändert wird⁷⁹⁾. So z. B. durfte zwar der Usufructuar den ihm zum Gebrauch gegebenen Sklaven keine anderen Dienste leisten lassen, als die seiner Bestimmung, wozu er von dem Proprietar ist angeschafft worden, gemäß sind. Allein war der Sklave noch zu keiner gewissen Art von Kunstdiensten, sondern nur zu gemeinen häuslichen oder landwirthschaftlichen Diensten bestimmt, dergleichen Sklaven bey den Römern *servi mediastini*⁸⁰⁾ genannt wurden; so konnte ihn der Usufructuar in den Wissenschaften unterrichten, oder ihm eine Kunst lernen lassen, und ihn dann als Kunstverständigen gebrauchen⁸¹⁾.

b) Ist

79) L. 15. §. 1. *sqq.* D. h. t.

80) L. 6 *pr.* D. de operis servor. In den Basiliken Lib. XVI. Tit. 7. L. 6. werden die *mediastini* genannt *οἱ ἀτέχνου*, i. e. qui nullam artem exercent. Man sehe auch PLINIUS *Hist. nat.* Lib. XXIX. cap. 1. Der Name *mediastinus* kommt daher, quod in medio staret servus, expositus omnibus, non certi officii, sed varii usus, ideoque ordinario vilior. Insonderheit nannte man, wie Nonius lehrt, diejenigen Sklaven *mediastinos*, die bey den Bädern zur Aufwartung dienten. S. Chr. Gottl. HAUBOLD *Diss. de Fabio Mela Icto eiusq. fragmentis. Lipsiae 1806.* P. II. §. 2.

81) L. 27. §. 2. D. h. t. Si servi usufructus legatus est, cuius testator quasi ministerio vacuo utebatur, si eum disciplinis, vel arte

b) Ist hingegen die nutznießliche Sache eine unbewegliche, so unterscheidet das römische Recht wieder zwischen Landgütern (fundi) und Gebäuden. Was

aa) die Landgüter anbetrifft, so steht zwar auch dem Usufructuar keine solche Veränderung frey, wodurch das Gut zu einer ganz andern Art von Grundstücken, als zu der es bisher gehört hat, umgeschaffen würde. Z. B. er darf die Wiese nicht in einen Acker, oder den Acker in eine Wiese verwandeln. Allein ist das Landgut ein solches, was einmal zur Gewinnung von Einkünften bestimmt ist, so ist es dem Usufructuar erlaubt, manche, wenn gleich nützliche Anlagen, in andere umzuschaffen, insofern nur die Einkünfte des Gutes dadurch wirklich vermehrt werden; und auch in sonstiger Hinsicht, z. B. in Beziehung auf die ganze Bewirthung des Gutes, für den Proprietar kein Nachtheil aus dieser Veränderung entsteht. Unter diesen Umständen steht dem Usufructuar nichts im Wege, warum er nicht einen oder den andern auf dem Gute befindlichen Weinberg, Baumgarten, und dergleichen gänzlich eingehen lassen, und den Platz in ein Bergwerk umschaffen dürfte, wenn nur dem Ackerbau dadurch kein nothwendiger Theil des Grundstücks entzogen wird. Hierher gehört die, wenn gleich, obwohl ohne hinlänglichen Grund, bestrittene Stelle Ulpians L. 13. §. 5. D. h. t. wo es heißt: Inde est quaesitum, an lapidicinas,

arte instituerit usufructuarius, arte eius vel peritia utetur. Vacuum servi ministerium nannte man ein solches, quod non est uni et certo officio aut arti designatum, et contra omni operi vacans, wie es NOODT de Usufr. Lib. I, cap. 16. pag. 424, erklärt.

nas, vel cretifodinas, vel arenifodinas ipse instituere possit? Et ego puto, *etiam ipsum instituere posse. si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est* Proinde venas quoque lapidicinarum et huiusmodi metallorum inquirere poterit. Ergo et auri, et argenti, et sulphuris, et aeris, et ferri, et coeterorum fodinas, vel quas paterfamilias instituit, exercere poterit, vel ipse instituere, si nihil agriculturae nocebit. *Et si forte in hoc, quod instituit, plus redditus sit, quam in vineis *)*, vel arbutis, vel olivetis, quae fuerunt, forsitan etiam haec deicere poterit; siquidem ei permittitur, meliorare proprietatem. Diese letztere durch Cursivschrift ausgezeichnete Periode ist von jeher vielen ein Anstoß gewesen. Denn viele können sich nicht überzeugen, daß der Usufructuar befugt seyn sollte, den unsichern Ertrag eines Bergwerks mit dem sichern Gewinn von Einkünften eines Weinbergs, oder Olivengartens vertauschen zu dürfen. So thörigt werde ja der Eigenthümer selbst nicht handeln! und der Usufructuar, der nicht Eigenthümer ist, sollte eine solche Veränderung vorzunehmen berechtigt seyn? Ulpian verbiete ja in dem unmittelbar vorhergehenden §. dem Usufructuar, einen bloßen Lustgarten in einen auch noch so einträglichen Fruchtgarten zu verwandeln; er sage ferner im Anfange derselben Stelle, er dürfe zwar Bergwerke anlegen, aber dadurch dem Ackerbau nichts entziehen. Wie kann dieser Ulpian nun am Ende, blos des größern Einkommens wegen, dem Nutznießer die Ausrottung eines Baum- und Fruchtgartens erlauben, um ein Bergwerk anzufangen?

*) Petrus ab AREA BAUDOZA GESTIUS liest *vineis*.

anzulegen? Noodt³²⁾ hält daher die ganze passage von *Et si forte bis poterit*, für einen unächten Zusatz eines alten Auslegers, welcher hierdurch auf eine höchst unrichtige, der Meinung Ulpians und aller Rechtsanalogie entgegen streitende Art die letztern Worte: *siquidem ei permittitur meliorare proprietatem*, die er für ächt hält, zu erklären gesucht habe. Gregor Majansius³³⁾ hingegen wagt es zwar nicht, ein solches Glossen anzunehmen; wer sollte auch einer so gewagten Crisis Beifall geben können, da die Stelle, welche Noodt weggestrichen wissen will, nicht nur in allen bis jetzt bekannten Manuscripten³⁴⁾, sondern auch sogar in den Basiliken³⁵⁾ steht? Er glaubt aber doch, daß wenigstens die gedachten Worte nicht so verstanden werden könnten, als ob der Ausgießer Weinberge oder Baumgärten um eines Bergwerks willen dürfte eingehen lassen, sondern Ulpian wolle nur soviel sagen, der Usfructuar könne

32) de Usufr. Lib. I. cap. 6. pag. 404. und Lib. I. Observation. cap. 9. Allein man sehe, was schon Io. IENSIUS in *Strictur. ad Rom. iuris Pandectas* pag. 46. gegen diese Noodtsche Kritik erinnert hat.

33) in *Disputat. iuris civ.* Tom. I. Disp. 2. §. 34. pag. 33.

34) C. GEBAUERI edit. *Corpor. iur. civ. ad h. L.*

35) Lib. XVI. Tit. 1. Tom. II. pag. 250. da heißt es: *Δυναταὶ δὲ συνίστην ἐν τῷ ἀγρῷ παντοῖα μέταλλα, μὴ βλάπτον τοῦτον ἀγρὸν. εἰ μὴ ἄρα μείζων ᾖ τῆς βλάβης ἢ περιποιουμένη προσόδος.* i. e. *Potest autem omnis generis metalla in fundo instituere, si nihil fundo nocebit: nisi forte in hoc, quod instituit, plus sit redditus, quam damni.*

Glücks Erläut. d. Pand. 9. Th.

Ω

könne allenfalls auch einige Weinstöcke oder Bäume wegnehmen, welche dem Bergwerke hinderlich wären. So bliebe doch der Weinberg oder Fruchtgarten, und die Einkünfte des Guts würden durch das Bergwerk erhöht. Herr Prof. Feuerbach ⁸⁶⁾ billigt zwar auch nicht jene gemaltsame Crisis des holländischen Rechtsgelehrten, räumt aber doch dem Usufructuar auch nicht einmal dieselige Befugniß ein, welche ihm nach der Erklärung des Majansius noch zugesprochen wird, ob er gleich die Ausdrücke *vinea*, *olivea* bloß von einzelnen Weinstöcken und Oelbäumen erklärt. Er glaubt nämlich den Knoten durch eine Veränderung in der Interpunction vollkommen lösen zu können; und wer sollte einer solchen Emendation wohl seinen Beyfall versagen können, welchem nicht unbekannt ist, daß die Interpunctionen und Abtheilungen der Worte von den Herausgebern der Justinianischen Gesetzsammlungen herrühren, und daß die Florentinische Handschrift und alle alte Codices Buchstab an Buchstab, ohne Trennung der verschiedenen Worte, und ohne alle Interpunction geschrieben sind? Die Aufhebung des Puncts nach *nocebit*, die Versetzung desselben nach *fuert*, und die Zusammenziehung des *Et si* in *et si*, meint dieser würdige Rechtsgelehrte, werden nun den einleuchtensten Sinn geben. „Der Usufructuar darf, sage jetzt Ulpian, Metallgruben anlegen, jedoch unter der Einschränkung, daß er der Pflanzung nichts entziehe, wenn gleich die Gruben, die er anlegt, einträglich seyn sollten,

86) Ueber die L. 13. §. 5. D. de usufr. Eine nothwendige kritische Emendation. (in Desselben civilist. Versuchen. I. Th. Nr. IV. S. 145. ff.)

den, wo die Weinstöcke und Delbäume, welche da gewesen sind.“ Dies sey der Sinn Ulpian's in den Worten *et si vis faciant*. Durch die folgenden Worte: *Forsthan — propraetatem* suche nun Ulpian noch eine mögliche Bedenklichkeit des Lesers zu heben. Dieser könnte vielleicht glauben, ein Usufructuar dürfe gar keine Bäume oder Weinstöcke austreiben. Daher füge nun Ulpian noch hinzu: Er darf wohl auch (*forsthan*) diese (nämlich Delbäume, Weinstöcke u. s. w.) umwerfen, aber nur insofern ist es ihm erlaubt, als er berechtiget ist, das Grundstück in gutem Stand zu erhalten und zu verbessern. Man hat dem Scharfsinn nicht verkannt, daß aus dieser Emendation hervorleuchtet, und sie würde allerdings Besfall verdienen, wenn die gemeine Lesart einer Emendation bedürfte. Allein wie wenig Grund überall zu finden sey, weshalb die bisher gewöhnliche Interpunction und Abtheilung der Worte nicht beibehalten werden könnte, wie gar vieles hingegen die vorgeschlagene Emendation gegen sich habe, was ist von Vorzug vor der bisher gewöhnlichen Lesart streitig macht, hat Herr O. W. H. Lagemeyer *) so einleuchtend dargethan, daß man gewiß jeder Unbefangene beystimmen wird. Ich will hier nicht wiederholen, was schon so gründlich gegen diese neue Emendation erinnert worden ist; nur das kann ich zu bemerken nicht umhin, daß durch dieselbe, meinem Bedünken nach, der deutliche Sinn entsetzt, und der ganze Zusammenhang mit dem folgenden §. 6. zertrüßet werde. Ulpian will hier zeigen, wozu der

*) Ueber fr. 13. cit. bey Hugo im civilist. Magazin. 3. B. S. 259. ff.

Usufructuar berechtigt sey; wenn von neuen Anlagen auf einem Landgute die Rede ist, woben es blos auf Gewinnung von Einkünften ankommt. Ohne alles Bedenken, sagt er, kann er Metallgruben, Steinbrüche u. dgl. anlegen, so lange, nur die zur Landwirtschaft nöthigen Felder (*agri para necessaria*), übrig sind. So weit konnte Ulpian seine Meinung ohne alles Bedenken äußern. Allein mehr zweifelhaft war es, ob nicht der Usufructuar eine schon vorhandene nützliche Anlage, z. B. einen Weinberg, oder einen Baumgarten, dürfe eingehen lassen, wenn sich findet, daß das angelegte Bergwerk viel einträglicher ist, als jene? Hier war nun zwar die Sache so ausgemacht nicht; Ulpian erklärt sich indessen mit der ihm eignen Bescheidenheit, welche er in solchen Fällen immer durch das Wörtchen *fortasse*, oder *fortitan* an den Tag zu legen pflegt, wo er etwas behauptet, was nicht allgemein bekannt und ausgemacht Rechts war⁸⁸⁾, für die bejahende Meinung, und zwar aus dem Grunde, weil hier durch das blos zur Gewinnung von Einkünften bestimmte Grundstück wirklich verbessert werde, und dergleichen Verbesserung dem Usufructuar erlaubt sey. Daß *liquidem* hien nicht für *quatenus*, sondern vielmehr, wie in mehreren Stellen unserer Gesetze, für *quia* gebraucht wird, hat Joh. Strauch⁸⁹⁾ zum Ueberflus bewiesen. Wie konnte

⁸⁸⁾ Man vergleiche z. B. L. 40. §. 16. D. de hered. petit. L. 15. §. 1. D. de Rei vind. u. a. m. und sehe HUBER in Eunom. Rom. pag. 275. u. pag. 299. und IENAIUS in Structur. ad Rom. iuris Pandect. pag. 46.

⁸⁹⁾ Lexic. particularum iuris. v. *Siquidem*. pag. 245.

nun wohl Ulpian auf den Einsall gerathen, hier einen Zweifel zu begegnen, der schlechterdings gar nicht zu der Sache gehörte, von der er spricht, sondern bloß eine Pflicht des Usufructuars betrifft, nämlich ausgegangene Weinstöcke auszurotten, und alte abgestorbene Bäume auszureißen, und bessere an ihre Stelle zu setzen? Wie konnte er sich hier auf ein Recht des Magnifiers zu Melioration beziehen, und sich dabei so bedenklich, wie das Wort *forfican* andeutet, ausdrücken, um eine Schuldigkeit des Usufructuars zu bezeichnen, die ganz unbezweifelten Rechtsens ist? Es leuchtet überdem klar in die Augen, daß hier gar nicht von Ausrottung einzelner ausgegangener Weinstöcke oder abgestorbener Bäume die Rede sey, sondern das *hac delicare* geht offenbar auf das vorhergehende *vineae, arbuta et oliveta*, worunter nicht einzelne Weinstöcke und Bäume, sondern Weinberge und Fruchtgärten verstanden werden. Und in welchem sonderbaren Zusammenhang erscheint nun die neue Emendation mit dem folgenden §. 6. wo Ulpian die dem Usufructuar zugestandene Befugniß in dem Falle wieder zurücknimmt, wenn die neue Anlage, der erhöhten Einkünfte ungeachtet, doch in sonstiger Rücksicht nachtheilig für den Proprietar seyn sollte? Er sagt nämlich: *Si tamen, quae instituit usufructuarius, aut coelum corrumpant agri, aut magnum apparatus sint desideratura, opificum forte vel legulorum* 90), *quae non potest sustinere proprietarius; non videtur*

Q 3

debitur

90) Ant. FABER in Rational. ad h. L. und POTHIER in Pandect. Inst. h. Tit. Nr. XXVIII. wollen *figulorum* lesen. Eben so Pet. ab AREA BAUDOZA CESTIUS. HOFFMANN in Meletem.

debitur viri boni arbitrato fuit. 'Satz anders' verhält sich die Sache

bb) mit Gebäuden. Von diesen beschränken sich die Befugnisse des Nutznießers auf ein bloßes Erhalten (tueri) dessen, was einmal vorhanden ist. Reparaturen darf er nicht vornehmen, wenn auch das Gebäude dadurch verbessert würde, nur allenfalls Verzierungen, die immer wieder weggenommen werden können, und nicht Theile des Gebäudes selbst werden, darf er anbringen. *Tectorium* sagt L. 44. D. h. t. *Usufructuarius novum tectorium* ^{paris.}

ad Pand. Diff. VIII. §. 2. substituit *basilorum*. Allein alle diese Emendationen sind unnöthig, wie schon Io. Gottfr. SAMMET in Opuscul. pag. 231. gezeigt hat. Man kann die florentinische Fesart füglich beibehalten, man verstehe nur nicht mit *Cusag* unter *legulis* diejenigen, qui oleas aut uvias legunt. Es ist zwar nicht zu läugnen, daß diese Bedeutung bei den *Scripturis rei rusticae* vorkommt. Allein sie paßt nicht hierher, wo von Metallgruben die Rede ist. Das Wort hat mehrere Bedeutungen. *Leguli* werden, wie Casp. BARTH *Adversarior. Lib. XXXV. cap. 18. in fin.* bemerkt hat, auch diejenigen genannt, qui aurum ex cavernis terrae legunt et colligunt.

91) *Tectorium* heißt hier nicht bloß Ueberrückung der Wände mit Kalk, sondern es war eine splendide Incrustation der Wände, die von Gyps und gestoßenem Marmor verfertigt wurde, und worauf unter allerey Verzierungen Spiegel, Gemälde, auch Figuren angebracht waren. In den Speisesälen war das *Tectorium* mit Gesimsen versehen, welche auf Säulen ruheten, worauf man die silbernen Trinkgeschirre zur Zierde aufstellte. C. VITRUVIUS de architectura Lib. II. cap. 4. et Lib. VII. cap. 3. PLINIUS H. N. Lib. 36. cap. 23. *Pictas* erklärt sich, wenn

parietibus, qui rudes fuissent, imponere non potest: quia, tametsi meliorem, excolendo aedificium, domini causam facturus esset, non tamen id iure suo⁹²⁾ facere potest; aliudque est, meri, quod accepisset, *an novum faceret*⁹³⁾. Unde Ulpian L. 13. §. 7. D. b. t. Sed si aedium usufructus legatus sit, Nerva filius, et lumina mittere eum posse, ait: sed et colores, et picturas, et marmora poterit, et sigilla (Statuen), et si quid ad domus ornatum. Warum es bey Gebäuden anders, als bey den Landgütern sey, ist eine Frage, worauf die Rechtsausleger sehr verschiedene Antworten

wenn L. 7. §. ult. D. b. t. L. 79. §. ult. D. V. S. und L. 3. §. 4. D. de in rem verso gesagt wird, die Tectoria gehörten mehr ad voluptatem, quam ad utilitatem. Da also dergleichen Verbesserungen vielleicht der Eigenthümer selbst nicht würde haben machen lassen, so konnte man auch nicht annehmen, daß ihm damit, *prodest* sey, wenn es der Usufructuar that. Nec enim debere ex eo onerari dominum, quod ipse facturus non esset, sagt L. 3. §. 4. cit. Von den Tectoriis handeln auch GUIL. BUDAERUS in Annotation. ad Pandect. pag. 138. sq. und ULR. HUBER in Eunom. Rom. pag. 337. sq.

92) Was *suo iure* heißt, erklärt GUIL. BUDAERUS in Annotat. ad h. L. pag. 114. Hier heißt es wohl soviel, als; er kann eine solche Erneuerung nicht in der Eigenschaft eines Usufructuars permöge seines Nutznießungsrechts unternehmen. Ein anders ist, was er als Mandatar des Eigenthümers, oder in der Eigenschaft eines negotiorum gestoris thut.

93) IENSIUS in Strictur. pag. 59. will hier richtiges *an novum facere* lesen.

ten geben. Voet⁹⁴⁾ giebt folgenden Grund an: *Aedium fructuarius formam earum mutare nequit, etsi meliora repositurus, ne publicus urbis aspectus deformetur aedificiis disiectis: at qui fundi habet usumfructum, id potest, cessante tunc publici aspectus favore.* Dieser Grund möchte aber wohl schwerlich Jemanden befriedigen. Scharfsinniger ist der Grund, den Cocceji⁹⁵⁾ anleht; nämlich bey Landgütern betreffe die dem Usufructuar L. 13. §. 5. et 6. D. h. t. gestattete Veränderung nicht sowohl die Sache selbst, als vielmehr deren Gebrauch. Nur eine *mutatio usus* sey dem Nutznießer erlaubt. Diese lasse sich, eben bey Gebäuden nicht ohne eine Aenderung der Sache selbst gedenken. Allein auch dadurch wird die Sache noch nicht vollkommen aufgeklärt. Der wahre Grund des Unterschiedes liegt in der Natur der Sache selbst. Denn bey dem usufructu fundi erstreckt sich das Recht des Nutznießers auf alle, wenn gleich noch so verschiedenartige, Theile des Grundstücks. Ihm gehören daher nicht nur die Früchte, welche die Oberfläche desselben dem Auge darstellt, sondern auch die unter der Erdoberfläche verborgenen innern Erzeugnisse des Grundstücks. Deswegen darf er nicht nur die Metall- und Steingruben, welche der Eigenthümer bereits eröffnet hat, zu seinem Vortheil bearbeiten, sondern er kann auch selbst Bergwerke anlegen, und, so weit ihm dieses erlaubt ist, die ihm in seinem Vorhaben entgegenstehende Hindernisse aus dem Wege räumen. Allein bey Gebäuden hat das Recht des Usufructuars nur die

94) Commentar. h. t. §. 24.

95) Iur. civ. contr. h. t. Qu. 8.

die Superficies zum Gegenstande, und diese darf durchaus nicht umgestaltet werden, wenn sie gleich durch die Veränderung verbessert würde⁹⁶⁾. Hiernach erklärt sich nun, warum der Nutznießer eines Gebäudes dasselbe nicht erweitern⁹⁷⁾ (*ampliare*) oder *tectoria*, *pavimenta* et *similia* da anbringen darf, wo sie vorher nicht waren⁹⁸⁾, und warum er nichts Nutzbares wegnehmen darf, auch wenn er etwas Besseres an dessen Stelle setzen will. Warum ihm ferner nicht erlaubt ist, Veränderungen mit der innern Einrichtung des Hauses und dessen Zimmern vorzunehmen⁹⁹⁾, oder das Haus höher zu bauen¹⁰⁰⁾; und

96) E. Ger. CASTENDYK Diss. de iuribus et obligationibus usufructuarii circa refectionem aedificiorum. Goett. 1792. §. 8.

97) L. 7. §. 3. L. 8. D. b. t. Neque autem *ampliare*, nec utile detrudere posse, quamvis melius repositurus sit. Quae sententia vera est.

98) L. 44. D. b. t.

99) L. 13. §. 7. D. b. t. Sed neque *diaetia* (Zimmer) trans-formare, vel conjungere, aut separare ei permittetur: vel *aditus* posteaquae *vertere*, (i. e. er darf die Thüren des Hauses, weder die zum Eingange in dasselbe, noch die zum Ausgange aus dem Hintergebäude oder die Hintertüren verändern), vel *refugia* (unterirdische Gänge, wo man in Nothfällen hinflüchten kann), *aperire*, vel *atrium* (Vorfaal), *mutare*: vel *viridaria* (Lustgärten), *ad alium modum convertere*. *Excolere enim, quod invenit, potest, qualitate aedium non immutata.*

100) L. 13. §. 7. cit. Item *Nervus*, cum, cui *aedium* usufructus legatus sit, *alias tollere non possit, quamvis insimilia non obscurantur: quia testis magis, tectaque* (i. e. *vestibulum*).

warum er endlich ein von dem Eigenthümer angefangenes Gebäude nicht vollenden darf, selbst wenn er auch wegen unvollständiger Beschaffenheit desselben keinen Nutzen daraus haben kann¹⁾. Zwar könnte in allen diesen Fällen das Gebäude vielleicht eine bessere Gestalt erhalten, oder schöner und nutzbarer werden; allein es könnten auch eben so leicht diese Veränderungen für den Proprietar von nachtheiligen Folgen seyn, wenigstens ist es doch immer ungewiß, ob sie es nicht seyn werden. Führt j. B. der Usufructuar das Gebäude höher auf, so ist das Dach mehr dem Winde ausgesetzt, und kostbarer zu unterhalten; Macht er neue Einrichtungen im Innern des Hauses, so steht es sehr dahin, ob sie auch gerade für die Lage des Proprietars passend sind. Vielleicht erfordern sie mehr Feuerungsmaterial, um die Zimmer zu erheizen, oder letztere sind nach der neuen Einrichtung kostbarer zu meubliren u. d.

Wird

- 1) L. 61. D. b. 1. Aedificium inchoatum usufructuarium consummare non posse, placet, etiamsi eo loco aliter uti non possit: sed nec eius quidem usumfructum esse, nisi in constituendo, vel legendo usufructu, hoc specialiter adiectum sit, ut utrumque ei liceat. Viele machen jedoch in dem Falle eine Ausnahme, wenn der Usufructuar weiter nichts, als den Nießbrauch eines Gebäudes erhalten hätte, und dieses ohne Vollendung nutzlos seyn würde. S. HUBER in Eunom. Rom. ad h. L. §. 6. pag. 339. Fo. D'AVÉZAN SERVIT. libr. P. III. Cap. 8. (bey MEERMAN T. IV. pag. 143.) SUMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. contr. h. t. Qu. 7. not. m. Tom. II. pag. 7. und RYBAUV. Syst. des P. R. 2. m. §. 641. a. Q. Was über die Art der Aufstruction einmal abgemacht ist, darf es nicht wieder geändert, noch abgebrochen werden. Daraus folgt, daß

Wird endlich das unvollendete Gebäude ausgebaut, so hat der Proprietar auch künftig mehr zu unterhalten²⁾).

§. 635. b.

Pflichten des Nutznießers, a) in Absicht auf die Erhaltung der Sache.

Um die Substanz der Sache zu erhalten, worin die erste Hauptpflicht des Usufructuars besteht, ist er verbunden, die Sache, ihrer Bestimmung gemäß, als ein guter Wirth zu gebrauchen³⁾. Thut er dieses, so darf er für keine Deterioration haften⁴⁾, wenn auch die Sache bey diesem Gebrauche ganz zu Grunde gehen sollte⁵⁾. Sonst aber ist der Nutznießer nicht nur dem Proprietar für alles *damnum iniuria datum* durch die Lex Aquilia verhaftet⁶⁾; sondern

2) C. Hagemeister über fr. 13. §. 5. D. de usufr. in Hugo civilist. Magazin 3. Band C. 268. f.

3) L. 9. pr. D. b. t. Item si fundi usufructus sit legatus, quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, ipsius fructus est: sic tamen, ut *boni viri arbitratu fruatur*. Nam et CELSUS libro 18. Digestorum scribit, cogi eum posse recte colere. — L. 65. pr. D. b. t. Debet enim omne, quod diligens paterfamilias in sua domo facit, et ipse facere.

4) L. 9. in fin. D. usufr. quem. cau. (C. §. 631. C. 162.) Man sehe hier vorzüglich DONELLI Commentar. iur. civ. Lib. X. cap. 13.

5) L. 12. §. 1. D. b. t. Navis usufructu legato, navigandum mittendam puto, licet naufragii periculum imminet: navis enim ad hoc paratur, ut naviget.

6) L. 13. §. 2. D. b. t. L. 15. §. 3. L. 66. D. b. t.

Sondern er ist auch für schädliche Unthätigkeit verantwortlich⁷⁾. Er muß daher dem Eigenthümer Caution leisten: *se boni viri arbitratu usurum fruiturum, et, finito usufructu, restitutum, quod inde extabit*⁸⁾. In diesem Versprechen liegt die Zusicherung, nicht nur für alle Deterioration zu stehen, wenn ihm dabei eine culpa levis zur Last fallen sollte⁹⁾, sondern auch custodiam zu prästiren, wenn durch irgend ein Versehen desselben die Sache ganz zu Grunde oder verloren gehen sollte¹⁰⁾. Denn die

7) C. SCHORMAN Handbuch des Civilrechts. I. B. S. 343. ff.

8) L. 13. pr. D. b. t. L. 1. pr. D. usufr. quem. cav.

9) L. 1. §. 3. D. usufr. quem. cav. Cavere autem debet, viri boni arbitratu perceptum in usufructum, hoc est, non deteriorationem se causam usufructus facturum, caeteraque facturum, quae in re sua faceret.

10) L. 1. §. 7. D. eod. Sed stipulatur restitutum iri, quod inde extabit. Interdum autem inerit proprietatis aestimatio, si forte (zum Beispiel) fructuarius, cum possit usucapionem interpellare, neglexit: omnem enim rei curam suscipit. — L. 2. D. eod. Nam fructuarius custodiam praestare debet. Es ist dies ganz begreiflich. Denn so lange der Usufructuar die Sache in Händen hat, und administriert, hat der Eigenthümer keine Gelegenheit, solche äußern Umstände von seiner Sache abzuwenden, welche den Untergang derselben nach sich ziehen können. Nun ist totaler Verlust der Sache für den Eigenthümer weit schmerzhafter, und weniger ersichtlich, als bloße Deterioration. Mit Recht verlangen daher die Gesetze, daß er jenen mit ganz vorzüglicher Aufmerksamkeit abzuwenden suche, so daß ihn nur der ungefähre Zufall von seiner Verbindlichkeit befreiet. In den Basiliken Lib. XVI. Tit. 9. L. 2. heißt es

die möglichste Achtsamkeit zur Abwendung des totalen Verlusts der Sache wird im eigentlichen Sinn *custodia* genannt ¹¹⁾. Diese wird von jedem guten Hausvater gefordert. Auf diese Art lassen sich die verschiedenen Meinungen der Rechtsgelehrten vereinigen, von denen einige ¹²⁾ behaupten, daß der Nutznießer für die culpa levissima, andere ¹³⁾, daß er nur für eine culpa levis hafte.

Uebers.

daher ganz recht: Πᾶσαν τὴν ἐπιμέλειαν ἐπιδίδωται τοῦ πραγματος, καὶ τὴν φύλακιν ὁ ἀγροτάριος ὁ καὶ τὴν χεῖρσιν ἔχων. i. e. *Omniem diligentiam et custodiam praestare debet is, cui usufructus legatus est.* Die Custodia geht nun nicht nur auf das möglichst sorgfältige Verhüten der völligen Destruction, sondern auch auf Abwendung des Diebstahls und der Usucapion durch andere. S. SCHOEMAN a. a. D. C. 249. ff. und WESTPHAL de lib. et serv. praed. §. 688. In der L. 15. §. 7. D. b. 1. wird daher gesagt, daß der Usufructuar sich verantwortlich mache, wenn er Servituten, die dem Gute zustehen, durch vernachlässigten Gebrauch derselben eingehen läßt. Man sehe hier überhaupt noch Hug. DONELLI Commentar. iuris civ. Lib. X. cap. 13. §. Principio.

11) §. penult. I. de locat. L. 1. §. 4. D. de obligat. et act. L. 11. D. de peric. et comm. nō vend. L. 17. §. 4. D. de praeser. verb. L. 28. C. de loc. cond. L. 19. C. de pignor. SCHOEMAN a. a. D.

12) CASTILLO de Usufr. cap. 20. nr. 17. CUJACIUS ad L. 2. D. Usufr. quem. cav. Tom. V. Oper. pag. 863. Ger. NOODT de Usufr. Lib. I. cap. 18. §. Sequitur. VOET Comm. h. t. §. 41. Ant. SCHULTING ad Pauli Sent. recept. Lib. III. Tit. 6. §. 27. not. 60. in Iurispr. Antejuss. pag. 361. sq.

13) de COCCOJI iur. civ. h. t. Qu. 15. et SACCHINCHIAUS ad Eundem not. 2. et 3.

Uebrigens bestimmt sich nun vieles nach dem bei jeder Sache ihrer Art nach ordentlichen Gebrauch. Denn so muß der Usufructuar die Gebäude in gutem Stande erhalten, und daher die nöthigen Reparaturen vornehmen, und dazu kann er gezwungen werden, *ut facta tecta habeat*, wie Ulpian ¹⁴⁾ sagt. Es geht dies nicht bloß auf die Erhaltung dessen, was nöthig und nützlich ist, sondern auch auf die vorhandenen Verzierungen des Gebäudes ¹⁵⁾. Was durch Alterthum einfällt, braucht er nicht wieder herzustellen. Er kann aber auch die Restauration nicht von dem Proprietar verlangen. Gehört sie von dem Letztern freiwillig, so muß er auch dem Usufructuar daran den Nießbrauch gestatten. Der Nutznießer ist jedoch nur mäßige Reparaturen auf seine Kosten zu übernehmen verpflichtet, (*modica refectio ad eum pertinet*) ¹⁶⁾.

Für

14) L. 7. §. 2. D. h. t. Den Ausdruck *facta tecta* hat sehr ausführlich Guil. BUDAZUS in Annotat. ad h. L. erläutert. Man sehe auch DONELLUS Lib. X. cap. 13. §. *Ex his* pag. 501. Wenn in der L. 20. D. de damno inf. gesagt wird: *refectio aedium ad onus fructuarii non pertinet*, so ist dies eine anerkannt unrichtige Lesart der Florentinischen Pandecten. Es muß statt *non pertinet*, bloß *pertinet* gelesen werden; wie Io. D'AVAZAN P. III. cap. 7. und Siegm. Reich. LAUCHIUS in Mediat. critic. de negationibus Pandect. florent. Cap. XVII. §. 21. pag. 316. sqq. gezeigt haben. In der Ausgabe des Pandoja steht auch das *non* nicht. Man vergleiche noch WESTPHAL §. 233. pag. 171.

15) L. 7. §. 3. D. h. t.

16) L. 7. §. 2. cit. Hätte der Proprietar in der Abwesenheit des Usufructuars eine solche Reparatur, *quasi negotium eius gerens*,

Sie mäßig aber sind diejenigen zu halten, deren Aufwand den Werth des Nießbrauchs nicht übersteigt¹⁷⁾. Hat er Kosten verwendet, die man ihm als Usufructuar nicht zumuthen könnte, so kann er deren Ersatz fordern¹⁸⁾. War jedoch das eingefallene Gebäude der Ernte wegen dem Usufructuar unentbehrlich, so muß er es auf seine Kosten wieder herstellen, oder dem Proprietar, wenn es dieser gethan hat, die Kosten wieder erstatten¹⁹⁾. Er kann sich aber auch, wenn der durch ihn zu bestreitende Aufwand zu beschwerlich fällt, seines Nießbrauchs begeben²⁰⁾. Jedoch macht ihn eine solche Dereliction von der Verbindlichkeit nicht frey, dasjenige, was er oder die Seinen verdorben haben, wieder in Stand zu setzen²¹⁾.

Der Usufructuar ist ferner verpflichtet, in Baumschulen (Seminarium) Fruchtgärten, Weinbergen und Holzungen, Windbrüche abgerechnet²²⁾, nachzupflanzen. Dafür

gerens, unternommen, so kann er actione negotiorum gestorum den Ersatz von dem Usufructuar fordern. L. 48. D. b. t.

17) C. Ger. CASTENDYK Diss. de iurib. et obligat. usufructuarii circa refectionem aedificior. §. 3. et §. 9.

18) L. 7. C. b. t.

19) L. 50. D. b. t. L. 32. §. 5. D. de usu et usufr. leg. C. VOET in Comm. h. t. §. 36.

20) L. 48. pr. D. b. t. L. 64. D. cod.

21) L. 65. D. b. t.

22) L. 59. D. b. t.

Dafür kann er sich das Holz von den abgestorbenen Bäumen zu eignen²³⁾

Ist ihm der Mißbrauch von einer Heerde Vieh gegeben, so muß er die Heerde vollzählig erhalten, und den Abgang der Stücke aus dem Zuwachs ergänzen²⁴⁾. Von den abgestorbenen oder untauglich gewordenen alten wird dann der Usufructuar Eigentümer, sobald deren Stelle durch die Nachzucht ersetzt ist²⁵⁾. Der Proprietar hingegen erwirbt das Eigenthum der jungen Zucht, die sonst dem Usufructuar, als Frucht, gehört, durch die Substitution²⁶⁾. Dieselbe geschieht jedoch nicht ipso jure, sondern erfordert eine Handlung von Seiten des Usufructuars, wodurch das Eigenthum der substituirten Jungen auf den Proprietar

23) L. 7. §. 3. L. 9. §. 6. L. 18. D. h. t. C. BUDAUS in Annotat. ad L. cit. 9. §. 6. h. t. und DAVEZAN P. III. cap. 7. §. Ex his pag. 142.

24) L. 68. §. 2. L. 69. D. h. t. L. 70. pr. eod.

25) L. cit. 69. D. h. t. Ut post substituta fiant propria fructuarii. Einige lesen fiant priora fructuarii. Z. B. D'AVEZAN P. III. cap. 7. pag. 142. und LANZA COSTA in Comm. ad §. 39. I. de Rer. div. Diese Lesart billigt auch NOODT de Usufr. Lib. I. cap. 17. Allein die gemeine Lesart kann füglich beybehalten werden. C. POTHIER Pandect. lustin. T. I. h. t. Nr. XIII. not. b. pag. 230.

26) L. 69. cit. Et sicut substituta statim domini sunt, ita priora quoque ex natura fructus desinunt eius esse. Nam alioquin, quod nascitur, fructuarii est: et, cum substituit, desinit eius esse. C. DONELLUS c. l. pag. 503.

prietar übertragen wird²⁷⁾). So lange dieses nicht geschehen ist, bleibt der Usfructuar Eigentümer, und trägt auch den Schaden²⁸⁾). Er haftet jedoch immer nur für den natürlichen Abgang. Denn was durch ungewöhnliche Unglücksfälle zu Grunde geht, vertritt er nicht²⁹⁾). Er braucht auch nur den Abgang aus dem Fälus zu ergänzen, es geschehe nun entweder aus dem, welcher zur Zeit der entstandenen Verminderung schon vorhanden war, oder aus der künftigen Zucht³⁰⁾). Ist der Nießbrauch nicht von einer Heerde Vieh, sondern bloß von einzelnen Stücken eingeräumt; so ersetzt er auch nicht einmal den natürlichen Abgang³¹⁾).

§. 636. a.

b) In Absicht auf die Lasten der Sache.

Die andere Hauptpflicht des Usfructuars ist, daß er alle, sowohl ordentliche als außerordentliche La-

§ 2

sten

27) L. 70. §. 5. D. h. t. *Summittere autem facti est, et IULIANUS proprie dicit, dispartire et dividere, et divisionem quandam facere. Quod dominium erit summissorum proprietarii.*

28) L. 70. §. 1. et 2. D. b. t.

29) C. DONELLI Comm. iur. civ. Lib. II. cap. 13. §. Secundum pag. 502.

30) Ist nach entstandenem Abgange kein Zuwachs von der Heerde mehr erfolgt, so muß die Ergänzung von dem Fälus geschehen, welcher zur Zeit des entstandenen Defects schon vorhanden war, wenn gleich derselbe eigentlich dem Usfructuar gehört. L. 70. §. 4. D. b. t. C. POTHIER h. t. Nr. XIII. not. f. und WESTPHAL §. 714. not. 641. pag. 474. sq.

31) L. 70. §. 3. D. b. t.

sten der Sache tragen muß³²⁾. Denn es ist der natürlichen Billigkeit gemäß, daß wer den Nutzen von einer Sache zieht, auch die damit verknüpften Beschwerden übernehme³³⁾. Es gehören dahin nicht nur alle öffentlichen Realabgaben an Steuern, Grundzins (Solarium)³⁴⁾, Proviantlieferungen, feindlichen Contributionen und andern öffentlichen Beiträgen³⁵⁾; sondern auch die auf dem mün-

32) L. 7. §. 2. D. b. t. L. 27. §. 3. et L. 52. D. eod. VORST h. t. §. 37. et 38. WESTPHAL §. 678. BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. 19. Not. 7. et ad Eundem HAUBOLD not. o. Tom. I. pag. 345.

33) L. 10. D. de Reg. iur. Eben dieser Grund wird auch in der L. 7. §. 2. D. b. t. ausdrücklich angeführt.

34) In der L. 7. §. 2. cit. liest zwar die Florentine *Salarium*. Allein EM. MERILLIUS in Comm. ad L. 3. D. de servitut. (bey OTTO in Thes. iur. Rom. Tom. III. pag. 636.) und POTHIER in Pand. Justin. Tom. I. h. t. Nr. XXXIII. not. k. haben bemerkt, daß die Haloandrinische Lesart *Solarium* richtiger sey, id est, quod pro solo penditur, cum quis in publico aedificavit. L. 15. D. qui potior. in pign. L. 39. §. 5. D. de Legat. I. L. 2. §. 17. D. Ne quid in loco publ.

35) In der L. 27. §. 2. D. de Usufr. geschieht des Cloacarii Erwähnung. Darunter wird der Beitrag zu den Kosten für Unterhaltung und Reinigung der öffentlichen Kloake verstanden. Ferner: Si quid ob formam aquaeductus, quae per agrum transit, pendatur; d. i. was zur Unterhaltung und Reinigung der öffentlichen Wasserleitungen von den Besitzern jährlich entrichtet werden mußte, durch deren Grundstück der Kanal gieng. C. Car. God. WINCKLER Diss. de iure impetratae aquae. Lipsiae 1749. §. 13. Ferner heißt es: Sed et si quid ad collationem viae, puto hoc quoque fructuarium subituram; d. i. das Geld, welches

nießlichen Gute haftenden Privatlasten, als jährliche Zinsen, auch Alimente, die nach der Verordnung des Testirers aus dem Grundstück einer bestimmten Person gereicht werden sollen³⁶⁾. Ist er wegen des Nießbrauchs mit einem Dritten in einen Proceß gerathen, und die Kosten werden compensirt, so fallen auch diese Kosten dem Usufructuar zur Last³⁷⁾. Durch Uebereinkunft oder letzte Willensverbindung des Testirers können jedoch diese Lasten dem Usufructuar auf mancherley Art erleichtert werden³⁸⁾. Er kann auch vom Proprietar die außerordentlichen Lasten in so weit, als sie die Summe seines ganzen Gewinnes übersteigen, zurückfordern³⁹⁾.

§. 636. b.

des die Grundbesitzer zu den Chaussees beitragen mußten. Ergo et quod ob transitum exercitus confertur ex fructibus. d. i. die Fouragelieferungen und Einquartirungskosten bey Durchmärschen der Truppen. Endlich heißt es noch: et silco fisiones praestare, haec onera ad fructuarium pertinebunt. Einige wollen hier functiones lesen. Allein der Ausdruck fisiones für öffentliche Abgaben und Steuern genommen, ist nicht ungewöhnlich. S. WESTPHAL pag. 450. not. 2.

36) L. 7. §. 2. D. b. t. sagt: vel alimenta ab ea re relicta. So liefert die Florentine, statt ab eo, wie es in einigen Ausgaben heißt. Die Florentinische Lesart bestärken auch die Basiliken Lib. XVI. Tit. 1. Tom. II. pag. 246. καὶ τὰς ἐκ τῆς πρᾶγματος ἐκδοίμους διατροφὰς.

37) Siegm. Frid. RUMPEL, Diss. de usufructuario fructuum domino. Erfordiae, 1753. §. 23.

38) L. 12. D. b. t.

39) VORT Jr. t. §. 38. LEYER Specim. CIV. medit. 3. WALSH Introduct. in Controv. iur. civ. Sect. II. cap. III. §. 7. HAU-
BOLD

Gegenseitige Pflichten des Proprietars.

Der Proprietar ist zwar durch den Nießbrauch, der einem Dritten an seiner Sache zusteht, nicht gehindert, über die Rechte seines Eigenthums zu verfügen⁴⁰⁾. Es darf nur nicht zum Schaden des Usufructuars geschehen⁴¹⁾. Denn der Eigenthümer darf

1) den Nießnießer an der ihm zuständigen Benützung auf keine Weise hindern, wenn dieser die Sache so gebraucht, wie es sein Recht mit sich bringt⁴²⁾.

2) Darf

BOLD ad Bergeri Oecon. iuris. Lib. II. Tit. 3. Th. 19. Not. n. Tom. I. pag. 345. und THIBAULT Syst. des P. R. 2. B. §. 614.

40) Der Proprietar kann daher die Sache veräußern, kann sie seinem Gläubiger verpfänden, auch ohne Einwilligung des Usufructuars, denn die Veräußerung geschieht ja salvo usufructu. L. 2. C. b. t. Er kann ferner zur Beschützung der Gränzen die nöthigen Verfügungen treffen. L. 16. §. 1. D. de usu et habitat. S. WESTPHAL §. 705. Auch dem Gute Servituten erwerben. Alles dies kann der Eigenthümer auch gegen den Willen des Usufructuars thun. L. 15. §. 7. D. b. t.

41) L. 17. §. 1. D. b. t. — ne deteriore conditionem fructuarii faciat proprietarius.

42) L. 15. §. 6. D. b. t. Proprietatis dominus non debet impedire fructuarium, ita utentem, ne deteriore conditionem faciat. Ita utentem heißt eo modo utentem, ut in antecedentibus legis verbis descriptum est. Quod si faciat, non debet proprietarius ipsi obesse, et usumfructum quocunque modo mindern, id est, deteriore conditionem facere. S. WESTPHAL §. 640. not. 570.

2) Darf nichts an der Sache wider den Willen des Nießbrauchers ändern, z. B. das nutznießliche Haus nicht höher bauen⁴³⁾; noch durch einen in seinem Eigenthum unternommenen Bau dem Usufructuar das Licht benehmen⁴⁴⁾. Darf auf die nutznießliche area kein Gebäude setzen⁴⁵⁾. Darf zum Nachtheil des Nießbrauchers dem fundo weder eine Servitut auslegen, noch eine demselben zustehende Servitut dem dienstbaren Gute erlassen⁴⁶⁾; noch sonst etwas von dem fundo, wovon der Nießbrauch gegeben ist, wegnehmen oder demoliren, was einmal dazu gehört, es sey ein Gebäude, oder auch nur ein Baum, den er selbst gepflanzt hätte⁴⁷⁾. Sollte der Proprietar sich dennoch dergleichen dem Rechte des Usufructuars nachtheilige Verfügungen erlaubt haben, so ist dieses entweder noch

43) L. 13. §. 7. in fin. D. b. t.

44) L. 7. §. 1. D. eodem. G. POTHIER Pandect. Justin. h. t. Nr. 37. not. h. pag. 234. Wird ihm das Licht nicht ganz genommen, sondern bloß verdunkelt, so kann der Usufructuar dem Proprietar das Höherbauen in seinem Eigenthum nicht verbieten. L. 10. D. de servitut. praed. urb. Siehe oben S. 83.

45) L. 7. §. 1. D. cit.

46) L. 15. §. 7. D. b. t. Die Basilica Lib. XVI. Tit. 1. L. 15. §. 5. haben statt *amittere servitutem*, παραχρησθαι δουσίαν, i. e. remittere servitutem. Diese Lesart billigt auch IANCIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pand. pag. 49.

47) L. 12. D. de usu et usufr. leg. Heres in fundo, cuius usufructus legatus est, villam posuit, eam invito fructuario demolire non potest; nihilominus quam si, quam arborem posuisset, ex fundo is evellere vellet.

vor der Uebergabe geschehen, nachdem jedoch die Forderung des Nutznießers schon entstanden war; oder nach constatirtem Nießbrauche. Im ersten Falle kann der Usufructuar mit der Klage aus dem Testament oder Contract das Interesse verlangen⁴⁸⁾. In dem letztern aber kann er sich des Interdicti quod vi aut clam, oder der actionis de dolo bedienen⁴⁹⁾.

48) L. 2. D. Si usufr. pet. Siehe oben §. 73. und WESTPHAL §. 705. Not. 633.

49) L. 5. §. ult. L. 6. D. Quib. mod. usufr. amitt. Si aedificatio sit usufructus legatus, et in ea aedificium sit positum, rem mutari, et usufructum extinguere constat. Plane si propriarius hac fecit, ex testamento vel de dolo tenebitur. Sed et interdictum quod vi aut clam usufructuario competit.

Z u s a m m e n f a s s u n g.

§. 9. Z. 22. ist nach dem Worte genennt. noch hinzuzufügen. Pomponius hat dieses sehr bestimmt angegeben, wenn er L. 15. §. 1. D. de Servitut. sagt: Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis; sed ut aliquid patiatur, aut non faciat.

§. 203. Z. 15. ist statt vivarii, vivaria zu lesen.

Ausführliche Erläuterung
der
P a n d e c t e n
nach
H e l l f e l d
ein C o m m e n t a r

von
D. Christian Friedrich Glück
Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der
Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Neunten Theils zweite Abtheilung.

E r l a n g e n
verlegt bey Johann Jacob Palm.
1 8 0 8.

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

CHICAGO, ILL.

Lib. VII. Tit. II.
De usufructu accrescendo.

§. 637. 2.

Worin besteht das Anwachsungsrecht beim Nießbrauche, und wenn findet dasselbe Statt? Eigenheiten desselben.

Ein besonderer Grund, aus welchem der Ususfructus für Jemanden entstehen kann, ist das ius accrescendi¹⁾. Es ist dieses schon an einem andern Orte (§. 181.) bemerkt worden, auch davon bei anderer Gelegenheit schon Verschiedenes vorgekommen. (§. 167. f.) Hier muß nun noch davon hauptsächlich gehandelt werden²⁾. Zellfeld über.

1) Io. Iac. WISSENBACH in Exercitat. ad Pandect. Diff. XIX. §. 10. pag. 189. sagt: *Ususfructus etiam acquiritur iure accrescendi: (quod in omnibus servitutibus personalibus locum habet, tametsi iuris compilatores de usufructu tantum loquantur.)* Auch KONOPAK gedenkt in seinen Institutionen des röm. Rechts §. 288. des iuris accrescendi unter den Entstehungsgründen des Nießbrauchs.

2) Man vergleiche über diese Materie Henr. a SUERIN Quaestionum de usufructu accrescendo liber unus. (bey Ev. OTTO in Thes. iuris Rom. Tom. IV. pag. 102. sqq.) Ios. Cbrist. MERTEN Diff. de usufructu accrescendo. Erfordiae 1773. Greg. MAJANSII Diff. de iure accrescendi §. 37. sqq. (inter eiusdem Disputat. iuris civ. Tom. II. Disp. 38. pag. 81. sqq.) und WESTPHAL de lib. et servit. praedior. §. 855. sqq.

Glücks Erläut. d. Pand. 9. Th.

©

überschlägt zwar hier diese Materie, und verweist auf Lib. XXXIII. Tit. 2. Da ich jedoch den größten Theil dieses Titels schon erklärt habe, so will ich des Zusammenhanges wegen auch diese Lehre hier kürzlich erläutern, zumal da dasjenige, was unser Verf. §. 1534. davon sagt, die Sache bey weitem nicht erschöpft.

Das Anwachsungsrecht bey'm Nießbrauche ist dasjenige Recht, vermöge dessen Jemand, welchem mit einer oder mehreren andern Personen zugleich der Nießbrauch an einer Sache auf eine solche Art vermacht worden ist, daß sie sich unter einander durch ihre Concurrrenz im Genuß beschränkt hätten, in dem Falle, da diese Concurrrenz nicht zur Ausübung kommt, weil einer oder die übrigen alle ihren Antheil gar nicht erworben, oder denselben zwar erworben, nachher aber wieder verlohren haben, das Ganze erhält, was er nach dem Willen des Erblassers erhalten sollte³⁾. Dieses Recht hat bey'm Nießbrauch besonders in zwey Fällen Statt.

I. Wenn mehreren zusammen, *conjunctim*, an einer Sache, oder zwar jedem einzeln, *separatim*, aber doch an der ganzen Sache der Nießbrauch ist vermacht worden, so daß, wenn sie alle concurriren, d. i. zum Genuß kommen, Theile gemacht werden müssen. Hier wächst, wenn der eine ihn ausschlägt, oder verliert, dessen Antheil dem andern zu, oder, eigentlich zu sagen, dieser erhält nun

3) vort in Comm. ad Pand. h. t. §. 1. sagt: *Ius accrescendi hic est facultas percipiendi portionem eius, qui non concurrat ad usumfructum sibi cum alio datum, vel concurrat quidem, sed concurrere deficit.*

nun den ganzen Nießbrauch allein ⁴⁾). Denn das Accrescenzrecht ist hier immer ein *ius non decrescendi*. Folgende Stellen bestätigen dieses ganz deutlich.

L. 1. pr. D. b. t. Quoties usufructus legatus est, ita inter fructuarios est ius adcrescendi, si conjunctim sit usufructus relictus. —

§. 1. Denique ⁵⁾ apud *Julianum* lib. 35. *Digestorum* quaeritur: Si communi servo usufructus sit relictus, et utrique domino adquisitus: an altero repudiante, vel amittente usumfructum, alter totum habeat? et putat ad alterum pertinere: et licet dominis usufructus non aequis partibus, sed pro dominicis adquiratur; tamen persona eius, non dominorum, inspecta, ad alterum ex dominis pertinere, non proprietati accedere ⁶⁾).

§ 2

§. 3.

4) Es ist dies überhaupt die Regel, welche bey dem Accrescenzrecht der Vermächtnißnehmer Statt hat: *Toties iuri accrescendi in legatis locum esse, quoties legatarii ad eandem rem ita sunt vocati, ut, omnium concursu existente, singuli id, quod cuius est relictum, in solidum accipere nequeant, sed partes fieri necesse sit.* C. *Phil. Jac. HEISLER* Diss. de iure accrescendi in legatis, semper iure non decrescendi. *Halae* 1759. §. 5. sqq. *Westphal* syst. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 1035. ff. und besonders *Fr. schoEMANS* Handbuch des Civilrechts. 2 B. Nr. 1. C. 17. ff.

5) Denique vermittelt hier (wie in mehreren andern Stellen der Pandecten, C. von *Savigny* Recht des Besitzes §. 7. C. 52.) den Uebergang von der Regel zu ihrer Anwendung, und soll eine Folgerung aus dem Vorhergehenden andeuten, wie *Westphal* sagt §. 865. pag. 598. de servitut. praedior.

6) Die Frage, welche hier entschieden wird, war streitig zwischen den *Sabinianern* und *Proculianern*. *Julian* ent-
scheid

§. 3. Interdum tamen, *et si non sint conjuncti*, tamen ususfructus legatus alteri adcrefcit: utputa si mihi fundi ususfructus *separatim* totius, et tibi similiter fuerit relictus. Nam (ut et *Celsus* lib. 18. *Digestorum*, et *Julianus* lib. 35. scribit) *concurso partes habemus*. Quod et in proprietate contingeret: nam altero repudiante, *alter totum fundum haberet*. Sed in usufructu hoc plus est: quia et constitutus, et postea amissus, nihilominus ius adcrefcendi admittit. Omnes enim auctores apud *Plautium* de hoc consenserunt; et, (ut *Celsus* et *Julianus* eleganter aiunt) ususfructus quotidie constituitur et legatur: non, ut proprietas, eo solo tempore, quo vindicatur. Cum primum itaque non inveniet alter eum, qui sibi concurrat, *solus utetur in totum*, nec refert, *conjunctim*, an *separatim* relinquatur.

§. 4.

schied nach der Meinung der Cabinianer. Daß aber *Proculus* ganz anderer Meinung war, erhellet aus L. 20. *D. de legat. II.* wo es heißt: *Et Proculo placebat, et a patre* (die Stelle ist aus *CELSI lib. 19. Digestor.*) sic accepi, quod servo communi legatum sit, si alter dominorum omitteret, alteri non adcrefcere. *Non enim coniunctim, sed partes legatas*. Nam ambo si vindicarent, eam quemque legati partem habiturum, quam in servo haberet. Aus dem Grunde, den hier *Celsus* anführt, und welchen *Julian* zu widerlegen sucht, erhellet es ganz klar, daß die Frage unter ihnen streitig war. *GILB. REGIUS* *EnantioΦανών iuris civ. Lib. II. cap. 16.* (in *Ev. OTTONIS Thes. iur. civ. Tom. II. pag. 1504.*) hat dieß noch aus andern Stellen erwiesen. Viele glauben jedoch, daß sich die Antinomie dadurch heben lasse, wenn man die L. 20. von der legitimen Proprietät erklärt. *S. Barthol. CHRYSIUS Interpretation. iuris Lib. II. cap. 11. Iul. PACIUS* *EnantioΦανών* f. *Legg. conciliatar. Centur. VI. Qu. 13. und Greg. MAJANSIUS* *ad triginta Ictor. fragmenta Tom. II. pag. 246.*

§. 4. Idem *Julianus* lib. 35. *Digestorum* scripsit. Si duobus heredibus institutis, deducto usufructu, proprietates (sc. tertio) legetur: ius adcreescendi heredes non habere: nam *videri usumfructum constitutum, non per concursum divisum.* (Diese letzten Worte, welche besonders entscheidend sind, erklärt *Westphal* ⁷⁾ ganz richtig so: *Non est enim singulis usufructus totius rei a testatore relictus, ut ob concursum tantum divisio necessaria esset, sed divisio haec iam ab ipso testatore est constituta.* Denn die Erben haften in Absicht auf die Prästation des Vermächtnisses nur pro rata, daher gehört ihnen auch der ihnen von dem Erblasser vorbehaltene Nießbrauch pro hereditariis partibus ⁸⁾).

L. 2. eodem. Ideoque amissa pars usufructus ad legatarium, eundemque proprietarium redibit.

L. 3. pr. D. eod. Idem *Neratius* putat, cessare ius adcreescendi, libro 1. *Responsum.* Cui sententiae congruit ratio *Celsi* dicentis: toties ius adcreescendi esse, quoties in duobus, qui in solidum habuerunt, concursu divisus est, (sc. usufructus).

Um diese Gesetze zu verstehen, ist es nöthig, zuvorberst von den verschiedenen Conjunctionsarten der Vermächtnisnehmer etwas voranzuschicken. Es giebt dreyerley Arten, wie Legatarien, die zu einerley Sache berufen sind, mit einander in eine besondere Verbindung gebracht seyn können⁹⁾, welche jedoch nicht alle ein Accrescenzrecht begründen.

7) De libert. et servitut. praedior. §. 858. not. 756. pag. 591.

8) L. 17. D. de duob. reis. L. 34. §. 12. D. de legat. I.

9) L. 89. D. de legat. III.

gründen. Sie sind nämlich entweder *re coniuncti*, wenn mehreren, zwar nicht in demselben Satz, sondern *separatim*, aber doch die nämliche Sache ganz vermacht worden ist. Diese werden insonderheit *disiuncti* genannt. Von dieser Conjunctionsart redet §. 3. L. 1. b. t. §. B. *Titio usufructum fundi mei do lego, Scio eundem usufructum do lego.* Oder sie sind in demselben Satz dergestalt mit einander verbunden, daß ihnen ideale Theile¹⁰⁾ am Ganzen angewiesen sind. §. B. *Titio et Sejo usufructum fundi mei aequis partibus do lego.* Diese werden oft unter dem Ausdrucke: *coniuncti* gar nicht mit begriffen, sondern *separati* genannt. L. 11. D. b. t. bestätigt diese Bemerkung, wo Papinian sagt: *Cum singulis ab heredibus singulis, eiusdem rei fructus legatur, fructuarii separati videntur, non minus quam si aequis portionibus duobus eiusdem rei fructus legatus fuisset.* Unde fit, *ut inter eos ius accrescendi non sit.* Hier werden diejenigen, welchen der Nießbrauch an der nämlichen Sache von verschiedenen Erben hinterlassen worden ist, mit denen in eine Classe gesetzt, welchen der Nießbrauch an einer Sache zu gleichen Theilen vermacht ist. Die ersten sollen eben so, wie die letztern, als

10) Diejenigen, denen reelle Theile angewiesen sind, heißen nie *Coniuncti*, sie mögen in einem Satz verbunden seyn oder nicht. G. Thom. PAPILLONIUS de iure accrescendi bey OTTO in *Thes. iur. Rom.* Tom. IV. pag. 779. HEIBLER cit. Diss. §. 9. und THIBAUT *System des P. R.* 2. B. §. 843. Hierher gehört die Stelle L. 1. pr. D. b. t. *Caeterum si separatim unicuique partis rei usufructus sit relictus, sine dubio ius accrescendi cessat.* Man sehe HENR. a SUMARIN de usufr. accresc. bey OTTO Tom. IV. pag. 103. und WESTPHAL §. 855. not. 754.

als *verbis coniuncti* behandelt werden, und also kein *ius adcrescendi* unter ihnen Statt finden. Denn jeder Legatar fordert den ihm vermachten Nießbrauch von einem andern Erben. Die Erben aber haften nur *pro hereditariis portionibus*¹¹⁾. Dies ist der Grund, den Ulpian selbst anführt, wenn er *L. 12. D. b. t.* sagt: *Cum alius ab alio berede usufructum vindicat*. Keinesweges aber paßt der Grund hieher, den Zeisler¹²⁾ aus *L. 53. §. 2. D. de legat. I.* hernimmt, nämlich wenn der Erblasser mehreren Erben anbefohlen hat, einerley Sache zu prästiren, so daß sie jeder ganz zu geben gehalten seyn solle, so sey es eben so anzusehen, als ob das Legat in zwey verschiedenen Testamenten hinterlassen wäre. Denn so gewiß es auch ist, was Ulpian sagt *L. 16. D. Quib. mod. usufr. amitt. quod ex divisio testamentis ius coniunctionis non contingat*; so hat doch sicher Ulpian in der *L. 12. D. b. t.* hieran nicht gedacht, weil er in der *L. 53. §. 2. cit.* ausdrücklich von einem legato *per damnationem relicto* redet, bey welchem vor Justinian gar kein Adcrescenzrecht, am wenigsten aber in dem Falle, wovon hier die Rede ist, denkbar war; sondern der eine Legatar von dem ihm verpflichteten Erben die Sache in Natur, der andere aber von dem andern Erben den Werth derselben erhielt, ohne daß eine weitere Conjunction unter ihnen Statt hatte¹³⁾. Allein bey dem

§ 4

legato

11) *L. 33. pr. D. de legat. II. L. 2. C. de hereditar. action.*

§. Ant. FABER in Rational. ad *L. 11. D. h. t.*

12) Cit. Diff. §. 15.

13) ULPIAN. *Fragm. Tit. 24. §. 12. et 13.* PAULUS lib. III. *Senten. receptar. Tit. 6. §. 3.* GAJUS lib. II. *Instit. Tit. 5. §. 5. t. ult.* und JUSTINIAN. *L. un. §. 11. C. de caduc. toll.*

legato vindicationis, worauf der in der L. 12. b. t. angeführte Grund offenbar seine Beziehung hat, war es anders. Hier konnte die obgleich mehreren Erben separatim zur Prästation auferlegte Sache nur einmal gefordert werden¹⁴⁾. Jeder Legatar konnte daher von dem ihm schuldenden Erben nur die Rata fordern, für welche jeder Erbe nach dem Verhältniß seines Erbanscheils haftete, und so erklärt sich denn, wenn Papinian L. 11. D. b. t. diese Legatarien den *verbis conjunctis* gleichsetzt¹⁵⁾.

Die Legatarien können endlich auch *re et verbis conjuncti* seyn, wenn ihnen dieselbe Sache in demselben Satz ganz vermacht worden ist. z. E. *Titio et Cajo usufructum fundi mei do lego*. Diese werden vorzugsweise *conjuncti*, auch jetzt *mixtim conjuncti* genannt. Von dieser Verbindungsart redet die L. 1. pr. D. b. t. wo Ulpian sagt: *ita*

S. Ant. FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. L. Err. 2. MAJANSIUS c. 1. Disp. XXXVIII. §. 15.

14) L. 34. §. 1. D. de legat. I. S. Gregor. MAJANSIUS ad 30. Ictor. fragmenta Tom. 1. pag. 282. §. 3. Diesen Unterschied zwischen einem legato per damnationem und per vindicationem relicto in Absicht auf das Accrescenzrecht hat Justinian aufgehoben L. un. §. 11. C. de caduc. toll. S. Ant. FABER Error. Pragm. Dec. L. Error. 3. Ohne denselben lassen sich jedoch viele Stellen in den Pandecten nicht wohl erklären, obgleich Tribonian auch zuweilen interpolirt hat. S. Westphal von Vermächnissen. §. 1039. ff. und MAJANSIUS Tom. II. Disputat. pag. 68.

15) S. Franc. RAMOS DEL MANZANO Praelect. ad Titt. Dig. de legat. et fideic. P. II. Cap. 3. §. 7. (bey MEERMAN T. VII. pag. 305.)

Ita inter fructuarios est ius adcreſcendi, ſi conjunctim ſit uſufructus relictus, wie Geiſeler ganz deutlich gezeigt hat ¹⁶⁾.

Hieraus ergiebt ſich nun, daß das Anwachsungsrecht unter Uſufructuarien nur dann zur Anwendung kommt, wenn ſie entweder *re et verbis* oder *re tantum* conjuncti ſind, wie die angeführten Geſetzſtellen ganz klar beweifen. Vor Juſtinian galt zwar, wie ſchon vorhin bemerkt worden iſt, der Unterſchied, ob der Nießbrauch den Uſufructuarien per damnationem oder ob er per vindicationem vermacht worden. Da nun beim legato damnationis kein Accreſcenzrecht unter den Collegataren Statt hatte, ſondern der Theil des Verſtehenden dem Erben blieb ¹⁷⁾; ſo iſt es wohl keinem Zweifel unterworfen, daß Ulpian eigentlich von einem legato uſufructus per vindicationem relicto rede. Daraus iſt, wie Weſſphal ¹⁸⁾ ganz richtig bemerkt, zu erklären, warum in der *L. 1. §. 3. D. h. t.* geſagt wird: *Interdum, etſi non ſint conjuncti, tamen uſufructus legatus alteri adcreſcit etc.* Da jedoch Juſtinian den Unterſchied unter den verſchiedenen Formeln der Vermächtniſſe aufgehoben hat ¹⁹⁾, ſo ſind nun jene Geſetzſtellen von dem Anwachsungsrecht beim Nießbrauch allgemein zu verſtehen. Unter bloßen *verbis conjunctis* hin-

gegen

16) Diff. cit. §. 10. und §. 28.

17) *L. 7. D. de legat. 2.* C. HOFACKER Princip. T. II. §. 1523. not. a.

18) de lib. et ſervitut. praed. §. 855. not. 753. pag. 587.

19) *L. un. §. 11. C. de caduci toll.* Nos autem omnino repellimus, utram omnium naturam legatis et fideicommiſſis imponentes, et antiquam diſſonantiam in unam trabentes concordiam.

gegen findet das Accrescenzrecht in der Regel nicht Statt²⁰⁾. Die oben angeführten Worte Ulpian's *L. 11. D. h. t.* lassen uns keinen Augenblick daran zweifeln. Ausnahmen finden jedoch Statt, wenn diejenigen, welche anfänglich *verbis conjuncti* waren, durch das Hinzurufen eines Dritten wieder *re conjuncti* wurden, insofern nämlich, als ihre Portion durch diese Concurrenz beschränkt ward; oder wenn bey den *verbis conjunctis* die Theile erst durch Concurrenz bestimmt werden sollen, und welche dann insofern im Grunde *re et verbis conjuncti* sind. Beide Ausnahmen werden sich durch folgende Beispiele näher aufklären. Man setze folgendes Vermächtniß: dem A und B vermache ich den Nießbrauch meines Landguts jedem zur Hälfte. Dem C vermache ich ebenfalls diesen Nießbrauch. Hier ist der C mit A und B realiter verbunden, die Concurrenz des letztern macht, daß A und B in ihren Antheilen beschränkt werden. Würden nämlich alle drey Legatäre an dem Nießbrauch Antheil nehmen, so müßte die Vertheilung so gemacht werden, daß C die Hälfte, B ein Viertel und A ein Viertel des Nießbrauchs bekäme. Denn

nach

20) *S. Ant. FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. XLIX. Err. 4. Iac. CUJACIUS Obsv. lib. XXIV. c. 34. Franc. Ramos del MANZANO Praelect. ad Titt. Dig. de legat. et fideicomm. P. II. Cap. 3. bey MEERMAN Tom. VII. pag. 303. sqq. HOFACKER Princ. T. II. §. 1524. und Car. Sal. ZACHARIAE libr. Quaestion. (Vitemb. 1805.) Quaest. XV. Anderer Meinung sind Corn. van BYNKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. II. c. 3. Arn. VINNIUS Comm. ad §. 8. J. de legat. Io. Iac. WISSENBACH ad Pand. Disp. XIX. §. 12. Io. Orth. WRETERBERG Princ. Dig. h. t. §. 106. LAUTERBACH Collig. Pand. h. t. §. 2. und MERTEN cit. Diff. §. 8.*

nach der erklärten Willensmeinung des Testators sollen A und B zusammen das Ganze bekommen, jeder zur Hälfte. Aber C soll auch das Ganze bekommen. Nothwendig muß also, im Falle sie alle concurriren, C den A auf die Hälfte seiner Hälfte, und eben so den B beschränken. Allein nach eben dieser Willensmeinung des Testators soll doch eine volle Hälfte des Nießbrauchs dem A, wie dem B zu Theil werden. Wenn demnach einer von beiden ausfällt, so tritt hier das Accrescenzrecht ein, welches aber nicht dem C, sondern dem andern *verbis conjuncto* zusteht, so daß dieser nun die ihm vom Erblasser bestimmte Hälfte des Nießbrauchs für sich ganz behält, die er im Concurrenzfalle mit dem andern hätte theilen müssen. Denn beide *verbis conjuncti* werden im Verhältniß zum C als dem *re conjuncto*, wie eine juridische Person angesehen, welcher nach dem Willen des Testators die volle Hälfte zufallen soll ²¹⁾. Folgende Stelle des Paulus bestätigt dieses ganz deutlich. Dieser sagt nämlich L. 39. *D. de legat. lib. ab conjuncti videntur, non etiam verbis, cum duobus separatim eadem res legatur. Item verbis, non etiam re, Titio et Sejo fundum aequis partibus do legat quoniam semper partes habent legataril. (d. h. der Testator hat ein für allemal jedem Legatar seinen Theil angewiesen, daher er bestimmen soll, es trete die Concurrenz ein, oder nicht ²²⁾. Praefertur igitur omnimodo caeteris, qui ex re et verbis conjunctus est. Quod si re tantum conjunctus*

21) G. Greg. MAJANSII Diss. cit. §. 95. Tom. II. pag. 79. und Franc. SCHÖEMAN Handbuch des Civilrechts 2. B. Nr. 1. §. 22. ff.

22) G. HAMMAN etc. Diss. §. 9.

sanctus sit; constat non esse potiores. Si vero verbis quidem conjunctus est, *rebus non*: Quaestionis est, an conjunctus potior sit. *Es magis est, ut et ipse praeferatur.* Diese letztern Worte zeigen offenbar den Fall zum Grunde, daß außer den verbis conjunctis, noch ein Dritter re eonjunctus vorhanden sey, durch dessen Concurrentz beyde verbis conjuncti in ihren Theilen beschränkt werden, weil sonst von einem Vorzuge eines solchen Vermächtnißnehmers, der mit dem Deficienten verbis conjunctus war, gar keine Rede hätte seyn können, wie auch Ramos del Manzano²³⁾ ganz richtig bemerkt hat.

Die zweite Ausnahme betrifft den Fall, da der Testator ungewisse Theile gemacht hat, welche erst durch Concurrentz bestimmt werden sollen. Solche Theile sind so gut, als gar keine. Man stelle sich hier den Fall vor, daß der Mißbrauch dem A. und einem noch ungebohrnen Kinde zu gleichen Theilen wäre vermacht worden. Hier war es ungewiß, ob nur ein Postumus, oder mehr als einer, oder gar keiner zur Welt kommen würde. Je weniger gebohren worden, desto mehr wuchs der Theil des Collegatars. Sein Antheil mußte daher auch bis zum Tode anwachsen, wenn gar kein Postumus zur Welt kam²⁴⁾. Hierher gehört L. 16. §. 2. D. de legat. I. Si Titio et postumis legatum sit, non nato postumoq, totum Titius vindicabit. Sed et si testator Titio et postumia viriles partes

²³⁾ Praelectio ad Rull. Cap. 3. §. 13. Man sehe auch BORACHEN J. Princip. iur. civilis II. §. 1524. not. 21. pag. 655.

²⁴⁾ C. Ant. FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. XLIX. Err. 5. und W e s t p h a l von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 2067.

res dari voluisset, vel etiam id expressisset, totum legatum Titio debetur, non nato postumo. *Serner L. 7. pr. D. de rebus dubiis*, wo Gajus die Frage aufwirft: Utrum ita posthumus partem faciat, si natus sit; an et si natus non sit, quaeritur? *Ego commodius dici puto, siquidem natus non est, minime eum partem facere, sed totum ad te pertinere, quasi ab initio tibi solido relicto.*

Es ergibt sich hieraus ferner, daß bloße re conjuncti nur einen Vorzug vor dem Erben; die re und verbis conjuncti hingegen, so wie auch diejenigen, welche anfangs nur verbis conjuncti waren, aber durch nachheriges Hinzurufen eines re conjuncti unter sich re und verbis conjuncti wurden, ein Vorzugsrecht vor allen andern Mitvermächtnisnehmern haben, wenn ihr conjunctus wegfällt²⁵⁾. Daß die mixtim conjuncti auch bey dem

Vers

25) *C. Fr. Rames del-MANZANO Praelect. cit. P. II. cap. 5. bey MEZMAN Tom. VI. pag. 319. und SCHÖEMAN im Handb. des Civ. R. 2. B. C. 22. ff. Anderer Meinung ist zwar Henr. a SUERIN cit. Tr. bey OTTO T. IV. pag. 103. Allein die L. 41. D. de legat. II. redet nicht von verbis, sondern bloß von re conjunctis. Es heißt nämlich daselbst: Maevio fundi partem dimidiam, Sejo partem dimidiam lego: eundem fundum Titio lego. Si Seius decesserit, pars eius utrique accrescit, quia cum separatim et partes fundi, et totus legatus sit, necesse est, ut ea pars, quae cessat, pro portione legati cuique eorum, quibus fundus separatim legatus est, accrescat. Hier waren also alle re tantum conjuncti. Also hatte keiner vor dem Andern einen Vorzug, wenn durch das Ausfallen eines derselben das Accrescenzrecht eintrat, sondern der Antheil des Deficirenden accrescirte einem Jeden der beiden übrigen pro portione legati; das heißt, wenn sie alle Theil genommen hätten, so würde bey der*

Vers

Vermächtniß des Nießbrauchs den Vorzug vor den re conjunctis haben, beweist insonderheit noch eine Stelle Ulpiani, welcher L. 1. §. 2. D. b. t. sagt: Idem ait, (sc. Julianus) et si communi servo, et separatim Titio usufructus legatus sit, amissum ab altero ex sociis usumfructum non ad Titium, sed ad solum socium pertinere debere, quasi solum conjunctum: quae sententia vera est. Nam, quamdiu vel unus utitur, potest dici usumfructum in suo statu esse. Idem est, si duobus conjunctim, et alteri separatim usufructus esset relictus. Eben dieses erglebt sich aus L. 7. D. b. t. wo Paulus sagt: Si quis Attio et heredibus suis usumfructum legaverit, dimidiam Attius, dimidiam heredes habebunt. Quodsi ita scriptum sit: Attio et Sejo cum heredibus meis, tres partes fient: ut unam habeant heredes, tertiam Attius, tertiam Sejus. Nec enim interest, ita legetur, illi et illis cum Maevio: an ita, illi et illi et Maevio. So wie hier im Concurrenzfalle die Erben des Testirers, als eine juridische Person

Vertheilung der Sache Titius die Hälfte, von den beyden erstern hingegen, nämlich dem Mävius und Sejus, jeder ein Viertel der Sache bekommen haben. Starb nun Sejus, ohne seinen Antheil erworben zu haben, so erhielt davon Mävius einen Theil, und Titius zwey Theile. Ganz anders würde ohne streitig die Entscheidung ausgefallen seyn, wenn Mävius und Sejus in einem Satz mit einander verbunden worden wären. Hier würde in Absicht auf den vakanten Theil des Sejus, Mävius dem Titius vorgegangen seyn, und nun die ganze Hälfte erhalten, die ihm der Testirer zugedacht hatte, wie L. 89. §. 3. D. de legat. 3. außer allen Zweifel setzt. C. Ant. FABRA de Errorib. Pragmat. Dec. XLIX. Err. 8. und Westphal von Vermächtnissen und Fideikommissen §. 1068.

Person betrachtet, zusammen nur einen Theil am Nießbrauch erhalten, so macht auch diese engere Verbindung, welche unter den zum Nießbrauch mit gerufenen Erben Statt findet, daß wenn einer von den Miterben ausfällt, dessen vakanter Theil nur den übrigen Miterben allein accrescirt²⁶⁾. Das Accrescenzrecht hat jedoch nicht nur Statt, wenn mehreren zugleich der Nießbrauch an einer Sache vermacht wird, sondern es tritt auch

II. alsdann ein, wenn dem einen der Nießbrauch, dem andern aber der Fundus selbst vermacht worden ist²⁷⁾. Denn daß der Proprietar hier bey dem Nießbrauch mit dem Usufructuar concurrirt, wenn es auch gleich im Testament nicht ausdrücklich gesagt ist, haben wir schon bey einer andern Gelegenheit (S. 167.) bemerkt²⁸⁾. Es muß nur das Grundstück nicht ausdrücklich mit Ausnahme des Nießbrauchs vermacht worden seyn²⁹⁾. (S. 188. f.) Mehrere hierher gehörige Stellen sind schon an den angeführten Orten abgedruckt worden, welche dort nachgesehen werden können. Hier verdienen noch folgende einen Platz.

L. 9. D. b. t. sagt: Si proprietas³⁰⁾ fundi duobus, usufructus uni legatus sit, non trientes in usufructu habent:

26) C. WESTPHAL de lib. et servit. praed. §. 843. not. 745. g. pag. 579. not. 2.

27) L. 3. §. 2. D. b. t.

28) L. 19. D. de Usu et usufr. leg.

29) L. 6. §. 1. D. b. t.

30) IENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pand. pag. 64. findet daß Wort *proprietas* hier anstößig. Er meint fundus und proprietas fundi seyen ganz verschieden. Beydes sey aber hier durch einen

Jtr.

habent: sed semissem duo, semissem fructuarius. Item contra, si duo fructuarii, et unus fundi legatarius sit ³¹⁾). Hier ist zwar nur von der Vertheilung des Nießbrauchs die Rede, wenn alle concurriren. In diesem Falle sollen nämlich die beyden Proprietare zusammen nur die eine Hälfte des Nießbrauchs erhalten, weil sie ihrer Verbindung wegen gleichsam nur eine juridische Person ausmachen. Das Accrescenzrecht aber ist ohnehin unter ihnen außer Zweifel. Denn Ulpian hatte schon vorher L. 3. §. 2. D. b. r. ausdrücklich gesagt: Non solum autem, si duobus ususfructus legetur, est ius adcrescendi; *verum et si alteri ususfructus, alteri fundus legatus est.* Es lassen sich nun hier folgende Fälle gedenken, wenn das Accrescenzrecht eintritt.

1) Es fällt einer von den Proprietaren aus. Hier accrescirt desselben Antheil nur dem andern Proprietar allein, denn sie sind als *mixtim conjuncti* zu betrachten. Der Usufructuar nimmt daran keinen Theil, weil *mixtim conjuncti*

Irrthum verwechselt. Die Entscheidung passe nur auf den Fall, wenn dem einen der fundus, dem andern der Nießbrauch daran vermacht worden. Nur in diesem Falle nähmen beyde am Nießbrauch Antheil. Allein unter *proprietas* wird hier ohne Zweifel *plena proprietas fundi cum usufructu conjuncta* verstanden, wie auch schon POTHIER in *Paed. Justin. T. II. Tit. de legatis*. Nr. CCCCXXV. not. c. bemerkt hat. In der L. 26. §. 1. D. de *Usu et Usufr. leg.* wird das Wort *proprietas* eben so gebraucht. In den Basiliken T. II. p. 271. steht *δασνότης*.

31) Das nämliche wird L. 26. §. 1. D. de *Usu et Usufr. leg.* wiederholt, wo es heißt: Si fundus duobus, alii ususfructus legatus sit, non trientes in usufructu, sed semisses constituuntur. Idemque est ex contrario, si duo sint fructuarii, et alii proprietates legatae sunt. *Et inter eos tantum adcrescendi ius est.*

juncti den re conjunctis. bey Anwachungsrechte vorgehen³²⁾. Eben so würde es auch in dem umgekehrten Falle seyn, wenn zweyen der Nießbrauch, und einem Dritten das Grundstück wäre vermacht worden, wie in der L. 26. §. 1. D. de usu et usufr. leg. ausdrücklich gesagt wird. 2) Beide Proprietare fallen aus. Hier kommt dem Usufructuar das ius non decrescendi zu statten. 3) Es deßciert der Usufructuar. Hier sollte man glauben, es trete nun die Consolidation ein, wodurch der Nießbrauch die Eigenschaft des usufructus formalis verliert. Allein so ist es nicht; sondern der vakante Nießbrauch fällt ebenfalls den Proprietaren vermöge des Anwachungsrechtes zu. Ulpian sagt dies ganz deutlich L. cit. 3. §. 2. b. t. Nam amittente usufructum altero, cui erat legatus, magis iure accrescendi ad alterum pertinet, quam redit ad proprietatem. Dieß hat die Folge, daß der vermachte Nießbrauch nicht nur mit allen vom Testirer darauf gelegten Lasten accrescirt, welche bey einer Consolidation wegfallen würden³³⁾; sondern daß auch das Accrescenzrecht selbst unter den Proprietaten nicht erlöscht, wenn einer vor dem andern stirbt, oder sonst den Nießbrauch verliert. Das letztere bestärkt Ulpian L. 3. §. 2. b. t. durch folgendes Argument: Nec novum, sagt er, nam et si duobus usufructus legetur, et apud alterum sit consolidatus, (i. B. der Erbe hat demselben das Eigenthum durch Kauf oder Schenkung überlassen) ius accrescendi non perit, neque

32) C. WESTPHAL de Servitut. praed. §. 843. not. 745. g. pag. 579. not. b.

33) C. WESTPHAL cit. lib. 4. §. 624. not. a. pag. 406.

Glücks Erlaut. v. Pans. 9. Th.

que ei, apud quem consolidatus est, neque ab eo. Et ipse, quibus modis amitteret ante consolidationem, eisdem et nunc amittit ³⁴⁾).

Ist dem legatar der Proprietät der Nießbrauch mit mehreren andern zugleich ausdrücklich vermacht worden, so bekommt der Proprietar im Falle der Concurrenz mit den übrigen Usfructuarien einen gleichen Theil, und deficirt einer derselben, so wird das vakante Drittel unter die beiden übrigen auf gleiche Art vertheilt, so daß jeder derselben durch das Accrescenzrecht nun die Hälfte des Nießbrauches erhält ³⁵⁾). Dieses Anwachsungsrecht hat auch dann noch Statt, wenn gleich der legatarius proprietatis die Proprietät, mit Vorbehalt des Nießbrauchs, an einen Dritten veräußert hätte ³⁶⁾). Denn durch diese Alienation konnte

34) *Henr. a Suerin de Usufr. accrescendo ben otto in Thes. iur. Rom. Tom. IV. pag. 107.* meint zwar, das läßt sich nicht süglich mehr behaupten, weil nach *L. 5. D. de Usufr.* der Nießbrauch durch Consolidation sich auch pro parte endige. Der Usfructuar brauche also seinen Theil am Nießbrauche, der einmal mit der erworbenen Proprietät wäre consolidirt worden, nicht zu restituiren, wenn in seiner Person ein solcher Grund eintritt, wodurch sonst der Nießbrauch verloren geht. Allein die Gesetze sagen es ja deutlich genug, daß durch die Consolidation das Accrescenzrecht nicht aufgehoben wird. Man sehe auch *L. 6. pr.* verglichen mit *L. 5. D. h. t.*

35) *L. 4. D. h. t.* Siehe oben S. 167. ff.

36) *L. 5. D. h. t.* sagt: *Eti tradideris alicui proprietatem, deducto usufructu, nihilominus putat Iulianus, adcrefcere: nec videri novum tibi adquiri usumfructum.* Die Worte: *deducto usufructu* hält *Cujas* für überflüssig, und will sie als ein unnützes Glossen angestrichen wissen. Ihm folgt auch *POTHIER* in

Könnte er den übrigen Collegataren in Ansehung des ihnen von dem Erblasser zugebachten Nießbrauchs nicht präjudiciren, cum res inter alios acta aliis nec noceat nec profit. Man kann auch nicht sagen, daß der Proprietar dadurch, daß er sich bey der Veräußerung den Nießbrauch vorbehielt, einen von dem vorigen verschiedenen Nießbrauch acquirirt hätte, an welchem den beyden andern Usufructua-

2

rem

in Pandect. Iustin. h. t. Nr. IV. not. b. Er sagt, wenn sich auch der Proprietar den Nießbrauch nicht vorbehalten hätte, so würde dennoch das Accrescenzrecht Statt haben. Ich trage Bedenken, ihnen hierin beyzustimmen. Sie haben ganz Recht, daß auch ohne Vorbehalt des Nießbrauchs das Accrescenzrecht fortdauernd bleiben würde. Allein es war gerade in dem Falle zweifelhaft, da sich der Proprietar den Nießbrauch vorbehalten hatte, ob nicht dieser Vorbehalt als eine neue Erwerbung des Nießbrauchs anzusehen sey, wodurch die Verbindung mit den übrigen Collegataren aufgehoben werde, und folglich auch das Accrescenzrecht erloschen sey. Diesen Zweifel hebt hier Ulpian, wenn er sagt: nec videri novum tibi adquiri usufructum. Sae- keinen vernünftigen Sinn würden diese Worte haben, wenn man deducto usufructu wegstreichen wollte, mit welchen sie in der genauesten Verbindung stehen. Noch einen andern Beweis geben uns die Basilica Lib. XVI. Tit. 2. h. L. 5. wo es ausdrücklich auch heißt: Καὶ εἰν παραδίδωμι τινὶ ψιλῶν τῶν δεσποτασίαν, συζηταί μοι ἡ προσαύξησις τῆς κληρονομίας τῶν κλητῶν. i. e. Et si tradidero alicui nudam proprietatem, vacans portio usufructus mihi accrescit. Nur den Sinn der letzten Worte Ulpian's haben die Verfasser der Basiliken nicht richtig getroffen. Ueberhaupt mag auch wohl die unrichtige Erklärung der Worte durch das Comma, welches in einigen Ausgaben der Pandecten nach dem Wort novum steht, die neuern Ausleger zu jener gewagten Critik veranlaßt haben. Man s. Ant. FABER Rational. ad h. L.

ren kein Recht mehr zustehen³⁷⁾. Eben so wenig präjudicirt der Proprietar sich selbst durch die Veräußerung der Proprietät, in Rücksicht des ihm zustehenden Accrescenzrechtes, weil der Vorbehalt des Nießbrauchs nicht als eine neue Erwerbung desselben anzusehen ist, wodurch die Verbindung mit den übrigen Collegataren aufgehoben wird.

Das Accrescenzrecht beim Nießbrauche hat übrigens folgende dasselbe auszeichnende Eigenheiten.

1) Es findet auch noch nach der actuellen Concurrenz der Mitvermächtnisinnehmer Statt, und auch der schon erworbene Antheil bleibt diesem Rechte noch unterworfen, wenn ihn nachher der Collegatar wieder verliert³⁸⁾. Der Grund liegt theils in der Natur des Nießbrauchs, welcher, als ein ganz persönliches Recht, nicht vererbt wird; theils in dem stillschweigenden Willen des Erblassers, welcher auf jeden Fall jedem der Collegatare das Ganze vor dem Erben zubachte, wenn sie sich auch gleich vor der Hand untereinander durch Concurrenz im Genuß beschränkten. Daher muß ein jeder der zu demselben Nießbrauche gerufenen Collegatare, wenn er auch schon seinen Antheil bisher genossen hatte, dennoch, wenn er nachher sein Recht verliert, immer noch eben so angesehen werden, als wenn er gleich anfangs deficirt hätte. So muß man sich dieses besondere Recht erklären, wie Gregor Majansius³⁹⁾ vortreflich gezeigt hat.

2) Zu

37) Wesenhal §. 624. not. b. pag. 407.

38) L. 1. §. 3. D. h. t.

39) Cit. Diff. XXXVIII. §. 37. Tom. II. pag. 82. sq. Es ist gleichviel, ob der Nießbrauch, den der Collegatar bereits erwor-

2) Zuweilen accrescirt der Nießbrauch nur auf eine Zeit, und muß sodann dem Collegatar wieder restituirt werden ⁴⁰⁾. Dies ist der Fall,

a) wenn dem einen der Nießbrauch unbedingt, dem andern unter einer Bedingung vermacht worden ist. Hier hat jener, bis die Bedingung existirt, den Nießbrauch vom ganzen Grundstück. Ulpian sagt *L. 6. §. 2. D. b. t. Si mihi usufructus fundi pure, tibi sub conditione legatus sit: potest dici totius fundi usumfructum ad te interim pertinere. Et si capite minutus fuero, totum amittere. Sed si extiterit conditio, totum usumfructum ad te pertinere, si forte capite deminutus sum. Caeterum cum in meo statu maneo, communicandum usumfructum.*

b) Wenn der Nießbrauch mehreren auf eine solche Art vermacht worden ist, daß er ihnen zu aller Zeit, in jedem Jahre, in jedem Monat und jedem Tage zustehen soll. Hier geht der Nießbrauch immer nur für die Zeit verloren, da man keinen Antheil daran nehmen konnte, und der Andere hat unterdessen den ganzen Nießbrauch ⁴¹⁾.

§ 3

Dem

worben hatte, in seiner Person durch den Tod, oder durch Capitäldeminution oder durch Nichtgebrauch verloren geht. Nur in Ansehung der Cession ist ein Unterschied zu machen, ob sie an den Proprietar oder an einen Extraneus geschehen ist. Nur in dem ersten Falle kann ein Accrescenzrecht eintreten, nicht aber in dem letztern, weil hier die Handlung nichtig ist, welche hingegen in dem ersten Falle dem Nießbrauche ein Ende macht. §. 3. I. de Usufr. C. MAJANSIUS cit. Diff. §. 41.

40) SÜERIN de usufr. accresc. pag. 109.

41) *L. 1. §. 3. D. Quib. mod. usufr. amit.* C. SÜERIN c. 1.

Dem eine solche Zeitbestimmung hat die Wirkung einer auf den Fall des Verlusts geschehenen Wiederholung des Vermächnisses⁴²⁾. Wäre hingegen der Nießbrauch mehreren auf eine solche Art vermacht worden, daß ihn ein jeder ein Jahr um das andere (*alternis annis*) haben soll, so findet kein Accrescenzrecht Statt, sondern wenn einer von beiden Usufructuaren stirbt, so fällt nun der Nießbrauch in dem Jahre, da ihn der Verstorbene hatte, an den Proprietar zurück, mit welchem jetzt der überlebende Usufructuar alternirt. Anders wäre es, wenn beide Usufructuare nicht unter sich, sondern mit dem Erben alterniren sollten. Hier würde unter den Usufructuaren allerdings das Accrescenzrecht Statt haben, wenn in dem Jahre, da sie den Nießbrauch gemeinschaftlich haben, einer von beiden ausfällt⁴³⁾. Eine solche Conjunction der Legatäre, wie hier vorhanden ist, findet in jenem Falle nicht Statt, wo jeder derselben, wenn ihn die Reihe trifft, den Nießbrauch ein ganzes Jahr, ohne Concurrenz des Andern, allein hat. Es gehört hieher die Stelle Ulpian's *L. 2. pr. D. Quib. mod. usufr. amitt.* wo es heißt: *Si duobus separatim, alternis annis, usufructus relinquatur, continuis annis*⁴⁴⁾ *proprietas nuda est: cum si legat-*
gata-

42) *L. 2. §. 1. D. eodem.*

43) *C. Ant. FABER in Rational. ad L. 2. pr. D. Quib. mod. usufr. amitt.*

44) *Continui anni* werden hier den *annis alternis* entgegen gesetzt, und soll damit soviel gesagt werden, der Proprietar müsse hier ohne Abwechselung der Jahre den Nießbrauch so lange embehalten, als derselbe unter den Usufructuaren alternirt.

gatarium unum substituas⁴⁵⁾), cui alternis annis legatus sit: usufructus, plena sit apud heredem proprietas eo tempore, quo ius fruendi legatario non est. Quodsi ex duobus illis alter decedat, per vices temporum plena proprietas erit. Neque enim ad crescere alteri quidquam potest, *quoniam propria quisque tempora, non concurrente altero, fructus integri*⁴⁶⁾ habuit.

Z 4

3) Der

45) Ant. FABER in Rational. ad h. L. erklärt das *substituas* von einem solchen Fall, wo den alternirenden Usufructuarien ein Dritter im Testamente substituiert worden ist. Dieser müsse nachher mit dem Erben alterniren. Allein diese Erklärung ist offenbar unrichtig. Papinian will nur soviel sagen, wenn man sich den Fall gedenkt, daß nur Einem der Nießbrauch alternis annis vermacht worden, so alternire der Usufructuar mit dem Erben. Diese Erklärung bestärken auch die *Basilica Lib. XVI. Tit. 4. Tom. II. pag. 274.* wo es nach der Fabrotischen Version heißt: *Si vero uni tantum legatus sit usufructus alternis annis, sequenti anno plena proprietas apud heredem erit.* Der Legatar wird also hier den Anfang machen, und erst das folgende Jahr hat den Nießbrauch der Erbe. Ist zweyen der Nießbrauch dergestalt vermacht worden, daß sie ihn alternis annis haben sollen, so macht der Legatar den Anfang, den der Testirer, zuerst genannt hat. L. 34. pr. D. de Usufr.

46) Palsoander, Bandoja, und mehrere Ausgaben lesen: *quoniam per propria quisque tempora, non concurrente altero, fructus integros habuit.* So liest auch der Codex Pand. Mapt. membranac. den die hiesige Universitäts-Bibliothek besitzt. Diese Lesart, welche, wie die Gebauerische Ausgabe bezeugt, mehrere Codices bestätigen, ist wohl unstreitig richtiger, als die florentinische, obwohl Brensmann sie vertheidiget, und das *integri anni integros* so erklärt.

3) Der Nießbrauch kann zuweilen auch dem noch accresciren, der seinen Antheil daran durch richterliches Urtheil, oder durch Nichtgebrauch oder auf andere Art verlohren hat, sofern nur die persönliche Rechtsfähigkeit des Usufructuars dabei unverändert bleibt; weil er nicht der Portion, sondern der Person zuwächst. Es verdienen hier folgende Stellen bemerkt zu werden.

L. 33. §. 1. *D. de usufr.* Usufructum in quibusdam casibus non partis ⁴⁷⁾ effectum obtinere convenit:

47) Statt *partis* haben Haloander, Baudoza, und der Cod. Pand. Erlang. *proprietas*. Die Basilica Lib. XVI. Tit. 1. L. 34. bey Fabrotus T. II. pag. 258. suppliren das Wort *dominii*. Es heißt nämlich daselbst: Εἰ τις θεμάτων οὐκ ὅλων ἢ χρεῖς τῷ μέρει τῆς δεσποτείας. d. i. In quibusdam casibus usufructus non est similis *parti dominii*. Man sieht aus dem ganzen Zusammenhange, daß Papinian den Unterschied zwischen den zwey Fällen in Absicht auf das Accrescenzrecht zeigen will, ob mehreren ein fundus, oder der usufructus fundi vermacht worden ist. In jenem Falle kommt demjenigen, der seinen Antheil am Grundstück durch den unglücklichen Ausgang eines darüber entstandenen Processes verlohren hat, kein Accrescenzrecht mehr zu, wenn nachher der andere Theil des Grundstücks vakant wird. Denn hier kann nur *portio portioni* aderesiren. Der Nießbrauch, der sonst, wie Paulus lehrt L. 4. *D. de Usufr.* in vielen Stücken die Natur des Eigenthums nachahmt, (*Usufructus in multis casibus pars dominii est*, S. oben §. 165.) hat hier nicht gleiche Eigenschaft und Wirkung mit der *Proprietät*. So sind die Worte *non partis effectum obtinere* in Verbindung mit der L. 4. cit. zu erklären wenn man nicht der Lesart *proprietas* den Vorzug lassen will. Wenn also mehreren der Nießbrauch zusammen vermacht worden ist, und einer von diesen hat auch durch einen ungerechten Richter,

venit: unde si fundi vel fructus portio petatur, et absolutione secuta postea pars altera, quae adcrevit, vindicetur; in lite quidem proprietatis iudicatae rei exceptionem obstare, in fructus vero non obstare, scribit *Iulianus*; quoniam portio fundi, velut alluvio, portioni, personae fructus adcreveret.

L. 10. D. de usufr. adcresc. Interdum pars usufructus et non habenti partem suam, sed amittenti adcrevit. Nam si usufructus duobus fuerit legatus, et alter, lite contestata, amiserit usumfructum, mox et collegatarius, qui litem contestatus non erat, usumfructum amisit: partem dimidiam duntaxat, quam amisit, qui litem contestatus est, adversus eum, quæ se liti obtulit, a possessore consequitur: pars enim collegatarii ipsi adcrevit, non domino proprietatis; usufructus enim personae adcrevit, etsi fuerit amissus.

Es ist nöthig, diese Stelle mit einigen Bemerkungen zu begleiten, denn man hält sie für eine der dunkelsten. Die Ausleger sind nämlich darüber nicht einig, wer in dem Falle, wovon diese Gesetzstelle spricht, eigentlich derjenige sey, dem die Portion des andern accrescirt? ob es derjenige sey, welcher litem contestirt hatte, oder der andere Collegatar, welcher in diesen Prozeß nicht mit verwickelt war.

Richterspruch seinen Antheil verloren, so bleibt ihm doch noch sein Accrescenzrecht, wenn von den Collegataren einer ausfällt, und es kann ihm hier die exceptio rei iudicatae nicht entgegengesetzt werden. *S. Marc. LYCKLAMA a Nyholt Membranar. Lib. VII. Eccl. 29. §. 2. Volum. 2. p. 337. sqq. POTHIER Pand. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XI. not. f. g. h. pag. 239. und WESTPHAL de lib. et servit. praed. §. 866. not. a. p. 599.*

war. Denn einer hatte, wie der andere, seinen Antheil am Nießbrauch verloren.

Cujaz⁴⁸⁾, mit dem auch Anton Faber⁴⁹⁾ und Voet⁵⁰⁾ übereinstimmen, stellt den Fall, den die angeführte Stelle enthält, auf folgende Art dar. Dem A und B ist der Nießbrauch vermacht, A klagt deshalb gegen einen, den er für den Besitzer hält, der es aber nicht ist, ob er gleichwohl sich auf die Klage einläßt, (*qui se liti obtulit*). A verliert aber den Prozeß, und hierdurch seinen Antheil am Nießbrauch. Bald darauf verliert auch der Collegatar B seinen Nießbrauch, z. B. durch Nichtgebrauch. Hier werde zwar der Antheil des B nicht dem A accresciren, sondern an den Proprietar zurückfallen; allein B werde vermöge des Accrescenzrechtes den Theil, welchen A verloren hat, abfordern können. Denn der *liti se offerens* könne ihn nicht erworben haben, wenn er gleich den Prozeß gewann; aber auch der wahre Besitzer habe keinen Anspruch daran. Er gebühre also keinem andern, als dem Collegatar B und diesem um so mehr, weil er damals, als ihm der Antheil des A accrescirte, seinen Antheil noch nicht verloren hatte. Allein dieser Fall paßt gar nicht zur Entscheidung des Gesetzes. Das Gesetz will zeigen, inwiefern ein Theil des Nießbrauchs dem Collegatar accresciren könne, der seinen Antheil damals nicht mehr besaß, sondern bereits verloren hatte. Nach dem vorgetragenen Falle aber accrescirte ja die Portion des A dem B, als dieser seinen Theil noch hatte.

Ganz

48) *Observat. et Emendat. Lib. IX. cap. 11.*

49) *Rational. in L. 10. D. h. t.*

50) *Commentar. ad Pand. h. t. §. 2.*

Ganz anders erklären Majansius⁵¹⁾ und Pothier⁵²⁾ diese Stelle. Nach ihrer Ansicht accreskirte der Theil, welchen derjenige verloren hatte, der mit dem *fiotus possessor* in einen Proceß gerathen war, nicht dem andern Collegatar, sondern fiel an den Proprietar zurück. Dasingen gegen wäre dem erstern derjenige Theil des Mißbrauchs vermöge des Accrescenzrechts angewachsen, welchen der andere, in den Proceß nicht mit verwickelt gewesene, Collegatar auch seiner Seits verloren hat. Dieser Theil werde durch die Worte: *partem dimidiam duntaxat, quam amisit*, angedeutet, welche nicht mit den nachfolgenden Worten: *qui litem contestatus est*, zu verbinden wären, sondern auf das Vorhergehende: *collegatarius, qui litem contestatus non erat*, sich bezögen. Denn die nachfolgenden Worte: *qui litem contestatus est adversus eum etc.* seyen nicht das Relativ von *amisit*, sondern drückten hier das Subject aus, dem das Accrescenzrecht in dem gegenwärtigen Falle zustehe. Man müsse also nach dem Worte *amisit* *duo puncta* sehn, oder so lesen: *partem dimidiam, quam amisit, qui litem contestatus non est, is, qui litem contestatus est, adversus eum, qui se liti obtulit, a possessore consequitur*. Hieraus sey zu erklären, sagt Majansius, warum die Worte: *qui litem contestatus est*, in einigen Codicibus negativ, in andern affirmativ gelesen wurden⁵³⁾. Darin aber weichen beide Ausleger von einander

51) Disputat. iuris civ. Tom. II. Disput. XXXVIII. §. 46. pag. 93. sq.

52) Pand. Justinian. Tom. I. h. t. Nr. XI. not. c. pag. 239.

53) Ich erinnere mich nicht, eine solche Variante irgend wo gefunden zu haben. Unser Codex Pand. Erlang. liest wie die
 Bul

ander ab, daß Porthier unter possessor, den Gegner versteht, mit welchem derjenige Collegatar, dem hier das Accrescenzrecht zusteht, in Prozeß verwickelt war; Majan-
flus aber den Proprietar. Durch diese Erklärung ist zwar das Subject, denn in dem gegebenen Falle das Accrescenzrecht zusteht, richtiger bezeichnet, als durch die Enjaziani-
sche; übrigen aber der Fall doch nicht ganz richtig darge-
stellt, wie sich nachher ergeben wird.

Ulrich Zuber⁵⁴⁾ nimmt auch den Fall an, daß derjenige Collegatar, welcher seines Nießbrauchs wegen ge-
klagt hatte, den Prozeß verlohren habe, entweder durch ungerechtes Urtheil des Richters oder durch Capitisdeminu-
tion, oder durch Präscription. Diesem accrescere aber den
noch der Antheil des andern, der nicht litem contestirt
hatte, und denkt sich mit der Glossen nach amittit die Worte:
qui litem contestatus non erat. Diesen Theil erhalte derje-
nige, welcher den Prozeß verlohren hatte, vom Proprietar.
Er fügt noch folgenden Grund hinzu, warum dem Colle-
gar, *qui litem cum ficto possessore contestatus est*,
das Accrescenzrecht in dem vorliegenden Falle zustehe.
Et si enim ille, sagt er, partem ususfructus sibi relictam,
consecutus non est, vere tamen esse potest usufructuarius;
quia sententia, quae ipsi adversa fuit, non est modus amit-
tendi

Vulgata. Auch ist in dem Gebauerischen Corp. iuris hierüber
nichts bemerkt worden. In der glossirten Ausgabe wird bloß
angemerkt, man solle nach amittit, in Gedanken die Worte hin-
zufügen: *qui non est contestatus*. Die Glossen erklärte also schon
längst eben so, wie Majanflus.

54) Eunom. Rom. ad L. 16. h. t. pag. 339. sq.

tendi usufructum, vel ponendum est, priorem usufructus partem ei non fuisse legatam, quod pars usufructus ei legata non esset, verum per capitis diminutionem aut per praescriptionem; quibus casibus non desit esse legatarius, ideoque nec amisit accrescendi ius, etsi pars sibi legata exciderit. Allein diese ganze Erklärung ist eben so irrig, wie die vorhergehenden.

Glücklicher hat den Sinn dieser schwierigen Stelle unstreitig Heinrich von Suerin⁵⁵⁾ getroffen, dem auch Westphal⁵⁶⁾ den Vorzug einräumt. Er stellt sich den Fall so vor. Dem Sempron und Titius ist der Nießbrauch eines Grundstücks conjunctim vermacht. Nachdem sich beide Collegatäre in den Nießbrauch getheilt hätten, verliert Sempron den Besitz seines Antheils. Er sieht sich deshalb zu Klagen genöthiget, und kommt an einen Gegner, der sich für den Besitzer ausgibt, und sich mit dem Kläger auf den Prozeß einläßt, ob er gleich der wahre Besitzer nicht war. Durch diesen Prozeß an der Verfolgung seines Rechts gegen den wahren Besitzer gehindert, verliert Sempron seinen Antheil am Ususfruct durch Nichtgebrauch⁵⁷⁾. Daß dieser Theil nicht dem Collegatar accrescere, sondern an den Proprietar zurückgefallen sey, war hier außer Streit. Unterdessen verlor auch Titius, noch während jenes Processes, seinen Antheil durch Capitisdiminution

55) Quaestio. de usufr. accrescendo lib. sing. pag. 116; sqq.

56) De lib. et servit. praed. §. 866. not. b. pag. 600.

57) Daß hier bloß der Fall von einem Verlust des Ususfructs durch Nichtgebrauch zum Grunde zu legen sey, hat Suerin c. l. pag. 119. ausführlich bewiesen.

nation oder den Tod⁵⁸⁾. Sempron gewann nachher den Prozeß wider seinen falschen Gegner, und dieser ward zur Leistung des Interesses verurtheilt. Jetzt entstand die Frage, was der fictus possessor zur Schadloshaltung des Klägers zu prästiren schuldig sey? den ganzen Nießbrauch, oder nur den Theil desselben, welchen der Kläger wegen des Prozeßes durch Nichtgebrauch an den Proprietar verlohren hat? Dies ist die eigentliche Streitfrage, worauf sich Ulpian's Entscheidung bezieht. Es ergiebt sich dieß ganz deutlich aus der Vergleichung der *L. 5. D. Si usufr. petet.* Beide Stellen sind aus *ULPIANI libro 17. ad Edictum* genommen, und haben wahrscheinlich zusammen gehört. In der *L. 5.* heißt es §. 5. *Sed et si forte tempore usufructus amissus est, alio quidem possidente, alio autem liti se offerente, non sufficit, eum usumfructum iterum renovare: verum cavere quoque eum de evictione usufructus oportet. Quid enim, si servum aut fundum is, qui possidebat, pignori dedit, isque ab eo, qui pignori accepit, iure uti prohibetur? Debebit itaque habere cautum.* Wäre über eine körperliche Sache gestritten worden, so müßte der falsche Besitzer ohne Zweifel auch alle Accession prästiren. Allein in dem vorliegenden Falle, wo vom usufructu accrescendo die Rede war, respondirt Ulpian ganz anders. Seine Entscheidung gehet dahin. Der fictus possessor dürfe nur den Theil

des

- 58) Ein Verlust durch Nichtgebrauch kann hier darum nicht angenommen werden, weil sonst der Antheil des andern Collegatar's dem Proprietar anheimgefallen wäre. Denn soweit der Ususfructus durch Nichtgebrauch verlohren geht, fällt er an Proprietar zurück, und das ius accrescendi tritt hier nie ein. *L. 25. D. Quib. mod. usufr. amitt.* SUZAIN c. l. pag. 120. 199.

des Nießbrauchs prästiren, welchen der Kläger wegen dem ihm verursachten vergeblichen Prozeßes an den Proprietar verlohren hat. Denn nur darüber war der Streit. Wegen des andern Theils, den der andere Collegatar während des Prozeßes verlohre, bleibe dem Kläger ohnehin sein Accrescenzrecht; weil der Nießbrauch nicht der Portion, sondern der Person accrescirt, und daher noch dann anwächst, wenn auch der eigne Theil des Nießbrauchs verlohren worden, wofern nur der Usufructuar nicht aufgehört hat, ein rechtsfähiges Subject zu seyn.

Man muß sich in der That verwundern, wie diese großen Rechtsausleger hier eine Quelle haben, unbeynutzt lassen können, welche sonst Cujaz so trefflich zu benutzen weiß, um über die dunkelsten Stellen des justinianischen Gesetzbuches oft das hellste Licht zu verbreiten. Ich meine die *Basiliken*, welche uns hier einen naman Beweis geben, welch ein vortheilhaftes Hülfsmittel dieselben bey der Erklärung der römischen Gesetze sind. Nur diese sind es, welche uns über die *L. 10. d. 2.* den besten Aufschluß geben, und aber auch zugleich von den ganz unrichtigen Ansichten der meisten Ausleger, den *Guarini* ausgenommen, überzeugen werden. In den *Basiliken*⁵⁹⁾ lautet unsere Stelle so: *Kai τῷ ἀποδέσμοι τὸ ἴδιον μέρος, ὡς αὐτὸν γίνονται προσαυξήσιν ἐὰν γὰρ ἡμεῖς καὶ σὺ ληγῶμεν, ἡ χρεὴς κατεστῶ, καὶ καλυμμένος ὅγῃ διαγένηται, καὶ μετὰ πένοντάςιν ἀπολάβῃ τῇ χρεὴς τῶν κατεστῶ, ἔτι καὶ σὺ ἀποδείξῃς τὸ μέρος σου, καὶ νικήσῃ, τὸ μέρος μόνον οὗτο ἀπολάβῃ ἀποκατάσσει μὲν ὁ πρὸς μεδινασαμονός. τὸ γὰρ σὸν μέρος διναίῳ προσαυξήσιν καμβάνῳ. i. e. Interdum partem suam amittenti, pars usufructus accrescit: si enim mihi, ut tibi usufructus legatus sit,*

59) Tom. II. Lib. XVI. Tit. 2. pag. 271.

fer, et ego nisi frui prohibitus usufructum petens, ut possit
 item contestationem usufructum amiserit, deinde in portionem
 eandem amiserit, et causam obtinuerit, partem duntaxat, quam
 amisit, restituit mihi is, cum quo litigavi: partem enim tuam
 iure accrescendi capiam. Diese Stelle, welche uns den
 besten Commentar giebt, wird nun, wie ich hoffe, alle
 Schwierigkeiten hinlänglich heben.

Noch eine dritte Stelle über den Satz, daß der Nieß-
 brauch nicht der Portion, sondern der Person accresce,
 verdient hier angeführt zu werden. L. 14. §. 1. D. de
 except. rei iudic. wo Paulus sagt: Qui, cum partem
 usufructus haberet, totum petit: si postea partem
 ad crescentem petat, non summovertur exceptione:
 quia usufructus non portioni, sed homini accrescit.

4) Auf keinen Fall erwähnt man jedoch durch das
 Accrescenzrecht den Theil des Nießbrauchs, welcher
 man einmal verloren hat, wofür er nicht auf den
 Fall des Verlustes wiederhols gemacht worden ist.
 Es kann auch der Collegatar durch das Auswuchsrecht
 nicht mehr erhalten, als ihm der Erblasser zugewandt hat.
 Daher ist das Accrescenzrecht bei den Vermächtnissen nicht
 immer reciproc. Folgende, obwohl ebenfalls sehr schwie-
 rige Stelle, wird dieses bestätigen. Ulpian sagt L. 3.
 §. 2. D. Quib. mod. usufr. amitt. Idem PAPINIANUS
 quaerit, si Titio et Maevio usufructu legato, in repeti-
 tione usufructus non totum, sed partem Titio rele-
 gasset: an viderentur conjuncti? Et ait, si quidem
 Titius amiserit, totum iorio accrescere: quod si Mae-
 vius amiserit, non totum accrescere, sed partem ad eum,
 partem ad proprietatem redire. Quae sententia habet

ratio.

rationem. Neque enim potest dici, eo momento, quo quis amittit usumfructum, et resumit, etiam ipsi quicquam ex usufructu adcrefcere: placet enim nobis, ei, qui amittit usumfructum, ex eo, quod amittit, nihil adcrefcere.

Die meisten Rechtsgelehrten haben diese Stelle ganz unrichtig verstanden. Ich will hier zur Probe nur die Erklärung ausheben, welche Westphal, nachdem er, wie er selbst sagt, lange darüber nachgedacht hat, in seinem klassischen Werk von Servituten ⁶⁰⁾, davon giebt. Dem Titius und Maevius ist der Nießbrauch eines Grundstücks ohne Theilung vermacht, und zugleich vom Testirer verordnet worden, daß wenn etwa Titius den Nießbrauch durch Capitisdeminution verlieren sollte, ihm auf diesen Fall die Hälfte, oder auch ein geringerer Theil, z. B. ein Drittel oder Viertel am Nießbrauch wiederholt vermacht seyn solle. Der Fall der Repetition tritt ein. Stirbt nachher Titius, so accrescirt der ihm wiederholt vermachte Antheil ohne Zweifel dem Maevius. Denn diesem war gleich Anfangs der ganze Nießbrauch vermacht, als welcher blos bisher durch die Concurrenz des Titius war beschränkt worden. Allein wenn Maevius stirbt, und Titius ihn überlebt, findet da ein Accrescenzrecht Statt? Hier soll Westphal selbst reden, denn ich muß bekennen, daß mir seine Erklärung unbegreiflich ist: *Ad hunc, sc. Titium, sagt er, non credit id, quod ex ipsius portione semisse est delibatum per capitis deminutionem, quia hoc in perpetuum est amissum, redit tamen id, quod Maevius praeterea habuit,*
ante

60) §. 862. Not. 760.

ante ius accrescendi ab ipso exercitum. Proprie Titio nihil deberet accrescere. Non enim concursu Maevii ipsi aliquid ex suo est decerptum, cum partem tantum testator ipsi nominatim assignaverit. Quia tamen Maevio sine partibus est relictum, isque sine dubio ius accrescendi habet, hoc ius vero solet esse reciprocum; singulari modo receptum est, ut Titio sub his conditionibus accresceret. Soviel sieht man wohl, daß Westphal auch hier ein reciprokes Anwachsungsrecht annimmt. Wie aber ein solches auf Seiten des Titius wegen des ihm ex legato zustehenden Anthells Statt haben könne, ist unbegreiflich, da Ulpian es so deutlich und zu wiederholtem Male sagt, daß demjenigen, der den Nießbrauch einmal verlohren hat, davon durchaus nichts weiter accrescere, sondern derselbe sich mit dem ihm relegirten Theile begnügen müsse.

Dagegen verdient die Erklärung des Heinrich von Suerin*) bey weitem den Vorzug. Er glaubt, Papinian habe hier folgenden Fall vorgetragen. Dem Titius und Maevius wird der Nießbrauch eines Grundstücks vermacht. Der Testirer fügt jedoch die Clausel bey: Sollte etwa Titius eine Capitisdeminution, und hierdurch einen Verlust an seinem Rechte erleiden, so vermache ich ihm auf solchen Fall die Hälfte des Nießbrauchs vom gedachten Grundstück. Es ist zu bemerken, daß das Wort *par s*, wenn keine Portion bestimmt ist, nach dem römischen Sprachgebrauche, wie Ulpian⁶¹⁾ lehrt, die Hälfte vom Ganzen anzeigt. Diese Erklärung wird auch, wie ich noch hinzufüge, vorzüglich

*) *De usufructu accresc.* bey OTTO T. IV. pag. 110.

61) *L. 164. §. 1. D. de Verb. Signif.*

ausdrücklich durch die Basiliken⁶²⁾ bestätigt, in welchen das Wort: *pars* durch *semis* erklärt ist. Es entsteht nun die Frage, ob und in wiefern das Anwachsungsrecht hier Statt finde? Papinian entscheidet diese Frage auf folgende Art. Wenn Titius, nachdem er seinen halben Nießbrauch durch Repetition des Vermächtnisses wieder erhalten hatte, stirbt, so accrescit dem Mävius das Ganze. Denn er ist unstrittig ein *re conjunctus* des Titius, da ihm der ganze Nießbrauch vermacht ist, und er bisher bloß durch die Concurrenz des Titius in seinem Rechte beschränkt wurde. Wenn hingegen Mävius gestorben wäre, oder eine Capitis deminution erlitten hätte, so findet gar kein Accrescenzrecht Statt; (*non totum socio accrescere*) sondern Titius behält den Theil, den er *ex legato* vom Nießbrauch wieder erhalten hat, der Theil des Mävius hingegen fällt an den Proprietar zurück. So erklärt von Suerin ganz richtig die fast von allen mißverstandenen Worte: *sed partem ad eum, partem ad proprietatem redire*. Das Wort *redire* in Beziehung auf den Titius heißt also hier soviel als *manere*,

U 2

velin-

62) Tom. II. Lib. XVI. Tit. 4. pag. 275. Hier lautet die L. 9 §. 2. c. so: *Εάν ληγαύσω Πέτρῳ καὶ Παύλῳ χρησιν κεραιῶν, καὶ μόνον τὸ ἡμῖν ἀναλάβω εἰς τὸ πρότιπον τῷ Πέτρῳ, ἀπόλλοντες μὲν τοῦ Πέτρου, τὸ πᾶν προσωξείτω τῷ Παύλῳ. εἰ δὲ ὁ Παῦλος ἀπολέσῃ, μέρος προσωξείτω Πέτρῳ, καὶ μέρος ὑποσείψαι πρὸς τὴν δαυποτείαν, οὐδεὶς γὰρ ὅπως ἀπώλεσεν ἀναλαμβάνει διμαίῳ προσωξέτω*. i. e. Si Petro et Paulo usufructum legavero, et in persona Petri semissem tantum usufructus repetii, siquidem Petrus amiserit, totum Paulo accrescit. Quodsi Paulus amiserit, pars accrescit Petro, et pars ad proprietatem redit: nemo enim, quod amisit, iure accrescendi resumit.

relinquit apud Titium. Titius wird also hier durch das *ius accrescendi* nichts weiter erhalten. Denn da er den ihm vermachten Nießbrauch durch *Capitisdeminutionem* verlohren hat, so ist er nicht mehr als *res conjunctus* des *Marius* zu betrachten. Es ist auch in Rücksicht seiner durch das *Relegat* keine neue *Conjunction* entstanden, welche ihm ein *Accrescenzrecht* geben könnte, weil er dadurch nur einen bestimmten Theil vom Nießbrauche wieder erhalten hat. Man kann auch nicht sagen, es sey ihm durch die *Concurrenz* des *Marius* Etwas von seinem Nießbrauche genommen worden. Nimmt das *Accrescenzrecht* nur das wieder, was dem *Collegatar* durch die *Concurrenz* des andern *Conjuncti* vom Ganzen entzogen war. Allein Titius hatte durch seine *Capitisdeminutionem* den vörligen Nießbrauch unwiederbringlich verlohren, folglich konnte ihm auch von dem einmal verlohrenen Nießbrauche durchaus nichts mehr *accresciren*, wenn auch gleich *Marius* zu der Zeit, da Titius seinen Nießbrauch durch die *Capitisdeminutionem* verlohrt, und den ihm zugehörigen Theil wieder erlangte, nicht mehr existirt hätte. Dies ist unstreitig der wahre Sinn der den Entscheidungsgrund enthaltenden Worte: *Neque enim potest dici, eo momento, quo quis amittit usufructum, et resumit, cessare ipsi quicquam ex usufructu accrescere.* Placet enim nobis, si, qui amittit usufructum, ex eo, quod amittit, nihil accrescere, welche klar beweisen, daß die Westphalische Interpretation ganz irrig sey.

Das Anwachsungsrecht hat übrigens nicht Statt,

a) wenn mehreren die *Nußnießung* eines Grundstücks blos zum *Unterhalt* vermacht worden ist, und das Grundstück auch vollkommen hinreicht, um aus den Einkünften

hüßten desselben allen denjenigen Personen, welche der Erblasser auf diese Weise bedachte, die Alimente zu geben. Wenn von diesen Legataren einer, oder der andere abgeht, so accreskirt der vakante Antheil nicht den übrigen, sondern fällt dem Eigenthumsherrn anheim. Der Grund hiervon ist, weil sonst die übrigen gegen den Willen des Erblassers mehr erhalten würden, als ihre Nothdurft erfordert. Sie würden ja alsdann nicht blos Alimente, wie des Erblassers Wille ist, sondern den wahren und uneingeschränkten Nothbrauch erhalten. Papinian drückt dieses alles in folgenden Worte aus, wenn er L. 57. §. 1. D. de Usufr. sagt: *Per fideicommissum fructu praediorum ob alimenta libertis relicto, partium emolumentum ex persona vita decedentium ad dominum proprietatis recurrit;* und Doet⁶³⁾ hat diese Stelle ganz richtig verstanden, wenn er sie so erklärt: *In alimentorum legato ius accrescendi non vigere, naturali ratione manifestum est, cum unus ob defectum seu mortem alterius collegatarii duplicatis non videatur saturandus alimentis.* Fast eben so legt Thomas Papillon⁶⁴⁾ diese Stelle aus. Seine Worte sind: *Cum fructum singulis ad alimenta praestari voluerit testator, apparet, non plus quemquam eorum habere voluisse, quam quo vitam suam toleraret, ideoque portio unius deficiens caeteris non accrescet, quibus affatum fupposit, quo se exhibeant, et, sicut in limitatis agris dicitur cessare ius alluvionis, (quod quidem ius alluvionis comparatur iuri accrescendi in L. 33. in fin. D. de Usufr.) ita in usufructu,*

II 3

limitato

63) Commentar. ad Pand. h. t. §. 3.

64) De iure accrescendi lib. (in Ev. OTTONIS Thes. iur. Rom. Tom. IV. pag. 777.)

limitato ad finem alimentorum, ius accrescendi cessare, recte ex hoc responso inferam.

b) Wenn mehreren Personen der Nießbrauch zusammen unter einer solchen Bedingung vermacht worden ist, welche die Gesetze aus besonderer Begünstigung dem Legatar erlassen, dessen Person sie unmittelbar betrifft; so erhält zwar dieser, wenn er auch der Bedingung entgegenhandelt, seinen Antheil eben so gut, als wenn er der Bedingung ein Genüge geleistet hätte; allein ein Accrescehnrecht steht ihm in Rücksicht des Antheils, den der Collegatar nun auch wegen der Nichterfüllung der Bedingung verliert, oder nicht erhält, so lange derselbe lebt, darum nicht zu, weil es theils gegen die Absicht des Gesetzes, welches die Bedingung erläßt, theils gegen den Willen des Erblassers streiten würde, wenn der Legatar jetzt wegen seiner Contravention mehr bekommen sollte, als er bei Erfüllung der Bedingung erhalten haben würde. Ein solcher Fall ist in der *L. 74. D. de condit. et demonstrat.* enthalten, wo Papinian sagt: *Mulieri et Titio ususfructus, si non nupserit mulier, relictus est. Si mulier nupserit, quamdiu Titius et vivit, et in eodem statu erit, partem ususfructus habebit. Tantum enim beneficio legis ex legato concessum esse mulieri intelligendum est, quantum haberet, si conditioni paruisset. Nec si Titius, qui conditione defectus est, legatum repudiet, ea res mulieri proderit.* Die Rechtsausleger sind jedoch bei der Erklärung dieses Gesetzes sehr verschiedener Meinung. Der Fall, den Papinian entscheidet, ist folgender. Der *Mavia* und dem *Titius* war unter der Bedingung, daß die genannte Frauensperson nicht heyrathen sollte, der Nieß,

Nießbrauch gewisser Güter vermacht. Sie heyrathete aber doch, und bekam, der Nichterfüllung der Bedingung ungeachtet, ihren Antheil am Nießbrauche eben so gut, als ob sie der Bedingung ein Genüge geleistet hätte. Denn die Bedingung, nicht zu heyrathen, wurde nach der Verordnung der Lex Iulia et Papia Popp. in den letzten Willensverordnungen als nicht geschrieben angesehen⁶⁵). Nun war die Frage, ob ihr nicht auch der Antheil des Titius accrescire, und sie folglich den ganzen Nießbrauch erhalte? Denn da beyden zusammen der Nießbrauch unter der Bedingung vermacht war, wenn die Collegatarin nicht heyrathen würde, so ward nun, durch die erfolgte Heyrath derselben, die Bedingung auch bey dem Titius nicht erfüllt⁶⁶). (*Titius, qui conditione defectus est*). Sie konnte auch, weil sie seine Person nicht betraf, in Rücksicht seiner nicht für ungeschrieben gehalten werden. Er konnte also auch an dem Legat keinen Antheil nehmen. Die *Mavia* hatte insonderheit das für sich, daß sie durch das Legat mit dem Titius *re et verbis conjuncta* war. Dennoch entscheidet Papinian die aufgeworfene Frage gegen sie dahin, daß sie, so lange Titius lebt, und keine *Capitisdeminution* erleidet, (*quamdiu Titius et vivit, et in eodem statu erit*) mehr nicht erhalte, als den Theil, den sie bekommen hätte,

II 4

wenn

65) G. Io. Gottl. HEINECCII Commentar. ad Leg. Iuliam et Pap. Poppaeam. Lib. II. cap. 16. §. 2. pag. 298.

66) Mit Recht sagt Ios. AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. V cap. 4. nr. 15. *Licet conditio, si non nupserit, in sola muliere, non in Titio possit impleri, tamen spectat utrumque, et ad utrumque refertur.* Man sehe auch Thom. PAPILLONIUS de iure accrescendi (in Ev. OTTONIS Thes. iur. Rom. T. IV. p. 772.).

wenn Titius concurrirte. Die Worte *partem ususfructus habebit* gehen also offenbar auf die Frauensperson. Viele sind zwar anderer Meinung. Jac. Cujaz⁶⁷⁾, Franz Duaren⁶⁸⁾, Joseph Awerani⁶⁹⁾, Joh. Sal. Brunquell⁷⁰⁾ und Pothier⁷¹⁾ wollen sie vom Titius verstehen. Sie sagen, da die Bedingung des Vermächnisses für nicht geschrieben zu halten sey, so werde nun auch er seinen Antheil erhalten. Ja Edmund Merillius⁷²⁾ glaubt sogar, Titius bekomme seinen Antheil nicht sowohl *propter mulierem*, quasi *conditio illi simul. ut mulieri, remittatur*, sed *iure accrescendi*. Denn beym legato ususfructus, sagt er, könne auch dem ein Theil accresciren, der für seine Person keinen Theil erhalten hat! Allein alle diese Erklärungen sind offenbar falsch, wie Westphal⁷³⁾ und schon längst vor ihm Anton Gaber⁷⁴⁾ ganz einleuchtend gezeigt haben. Wie könnte hier Titius Antheil nehmen, von dem in dem Gesetz ausdrücklich gesagt wird, *conditio defectus est*? Wie konnte dem Papinian nur eine solche Behauptung, als man

67) Recitation. ad Papiniani Lib. 32. Quaestion.

68) De iure accrescendi Lib. II. cap. 20.

69) Interpretation. iuris Lib. III. cap. 10. nr. 22. pag. 406.

70) Disp. de conditione, si non nupserit, ultimis voluntatibus adiecta. Ienae 1722. §. 10.

71) Pandect. Iustin. Tom. II. Lib. XXXV. Tit. 1. Nr. XXXV. not. b, et c. pag. 456.

72) De iure accrescendi Cap. 12. (in Ev. OTTONIS Thes. iur. Rom. Tom. IV. pag. 1766. sq.)

73) Darstellung der Rechte von Vermächnissen und Fideicommissen 2. Th. §. 1055.

74) De Errorib. Pragmaticor. Dec. L. Err. 10.

man ihm hier unterlegt, in die Gedanken kommen, welcher in einem ähnlichen Falle dem Titius nicht einmal die sonst bey negativen Bedingungen gewöhnliche cautio Muciana gestattet⁷⁵⁾? Ja wie hätte überhaupt die Frage entstehen können, ob der Mavia das Ganze accresciren, wenn als bekannt hätte angenommen werden können, daß die der Mavia erlassene Bedingung, auch in Ansehung des Titius für nicht geschrieben zu halten sey? Es ist also wohl einleuchtend genug, daß die Worte: *partem usufructus habebit* nicht auf den Titius, sondern auf die Frauensperson gehen. Dies beweisen auch die nachfolgenden Worte: *Tantum enim beneficio legis ex legato concessum esse mulieri intelligendum est, quantum haberet, si conditioni paruisset.* Diese Worte hätten keinen Sinn, wenn nicht vorher von der Frau die Rede wäre. Sie wollen soviel sagen, das Gesetz, welches der Frau die ihr auferlegte Bedingung der Ehelosigkeit erldßt, sey so zu verstehen, daß die Frau nicht mehr vom Legat erhalten solle, als dieselbe bekommen haben würde, wenn sie der Bedingung Folge geleistet hätte. Sollte ihr nun der Theil des Titius accresciren, so würde sie ja gegen die Absicht des Gesetzes, und gegen den Willen des Erblassers mehr bekommen, als sie bey Erfüllung der Bedingung erhalten hätte. Es ist also erwiesen, daß die Mavia, so lange Titius lebt, und keine Veränderung seines Zustandes erleidet, mehr nicht als ihren Antheil vom Nießbrauche erhalte. In die Stelle des Titius hingegen wird einstweilen der Proprietar eintreten. Allein wie ist es denn, wenn mit dem

75) L. 77. §. 2. D. de condit. et demonstr. Man sehe auch L. 1. C. de indict. viduit. toll.

Dem Titius eine Veränderung vorgehen sollte, oder dieser stirbt, kommt ihr nicht dann das Accrescenzrecht zu? Die angeführten Rechtsgelehrten, welche in dem vorliegenden Falle die Concurrenz zwischen beiden Legatarien eintreten lassen, verneinen dieses schlechthin, weil die *Mävia* ihren Antheil nicht sowohl aus dem Testament nach dem Willen des Erblassers, sondern vielmehr als eine Wohlthat des Gesetzes erhalte. Daher sage Papinian, es nütze der Frau auch eine vom Titius etwa geschehene Repudiation nichts. Allein darauf hat Anton Faber sehr treffend geantwortet, wenn er sagt, die Frau würde die Wohlthat des Gesetzes, welches ihr die Bedingung erläßt, nicht vollständig genießen, und wirklich *ex beneficio legis* weniger erhalten, als sie bekommen haben würde, wenn sie der Bedingung Folge geleistet hätte, wenn man ihr, bei eingetretenem Todesfalle des Titius, das Accrescenzrecht absprechen wollte. Ist ihr einmal die Bedingung des Legats vom Gesetz erlassen, so muß sie nun auch eben so behandelt werden, als ob sie die Bedingung erfüllet hätte. Nun würde ihr ja das Accrescenzrecht vermöge der Conjunction zustehen, wenn sie der Bedingung nachgekommen wäre, und Titius an dem Nießbrauche Antheil genommen hätte. Es muß ihr also auch *non impleta conditione* zustehen⁷⁶⁾. Dies ist auch in den Worten: *quamdiu Titius et vivit, et in eodem statu erit, partem ususfructus habebit mulier*, klar genug ausgesprochen, die sonst ohne Sinn und Bedeutung da stehen würden. Zwar wendet Duaren ein,

man

76) Hierin stimmt auch Gregor. MAJANSIUS in *Disp. de indicta viduitate* §. 4. (in *RIUS Disputat. iur. civ.* Tom. II. *Disp. XXXIX.* pag. 100. sq.) überein.

man argumentire hier a contrario, welcher Schluß schwankend und hier offenbar inept sey. Allein wenn ich gleich selbst bey verschiedenen Gelegenheiten erinnert habe, daß man sich des Arguments a contrario mit Vorsicht bedienen müsse, weil es besonders bey der Erklärung des Römischen Rechts leicht täuschen kann, ja die Beweiskraft desselben unstreitig alsdann ganz wegfällt, wenn sich darthun läßt, daß der Gesetzgeber nicht dachte, wie er sprach⁷⁷⁾; so läßt sich doch die Wichtigkeit dieses Arguments in vielen Fällen nicht bezweifeln, wie Aueramius⁷⁸⁾ selbst gezeigt hat; und dies ist unstreitig auch alsdann der Fall, wenn eine in dem Gesetz enthaltene Bestimmung ohne dieses Argument alles Interesse verlieren würde. Nach dieser Ansicht läßt sich nun auch das, was Papinian zuletzt noch von der Repudiation des Titius hinzufügt, sehr gut erklären. Es konnte allerdings Zweifel entstehen, ob nicht etwa der *Materia* das Accrescenzrecht in dem Falle zustehe, wenn Titius, *pendente conditione*, s. t. ehe die Legatarin noch gegen die Bedingung gehandelt hatte, sich seines Antheils begeben haben sollte? Allein mit Recht sagt Papinian, daß eine solche Repudiation der Frau nichts helfen könne. Denn wie konnte die Entsagung eines nicht desertirten Rechts von Wirkung seyn⁷⁹⁾?

Durch Wiederholung des Vermächnisses auf den Fall des Verlusts wird jedoch das Accrescenzrecht so wenig, als durch Substitution eines Delaten aufgehoben.

77) S. Thibaut. Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. S. 337. folg.

78) Interpretat. juris Lib. III. cap. 10. nr. 18.

79) L. 174. §. 1. D. de Reg. juris.

ben. Man sagt zwar sonst nach einer bekannten Regel, *substitutio potior est iure accrescendi* ⁸⁰); allein dies heißt nur soviel, daß der Substitut dem Collegatar vorgeht. Nimmt aber der Substitut den Nießbrauch nicht an, oder er hat ihn zwar angenommen, aber nachher wieder verloren, so steht dem noch existirenden Collegatar doch das Accrescenzrecht zu. Denn sie sind doch noch immer als *re conjuncti* anzusehen. Dies erhellt aus folgender Stelle Ulpiani ganz deutlich.

L. 3. pr. et §. 1. D. Quib. mod. ususfr. vel us. amitt. Sicut in annos singulos usufructus legari potest, ita et capitis minutione amissus legari potest: ut adjiciatur; Quotiesque capite minutus erit, ei lego: vel sic, Quotiens amissus erit; et tunc, si capitis minutione amittatur, repetitus videbitur ⁸¹). — Haec autem repetitio, quae

80) *G. Franc. DUARENUS de iure accrescendi Lib. II. cap. 16.*

81) Hiermit scheint gewissermaßen im Widerspruch zu stehen, was *Juanus Mauricius L. 23. D. de usu et usufr. leg.* sagt: *Lidet testatori repens legatus usufructua, ut etiam post capitis deminutionem deberetur; et hoc nuper Imperator ANTONINUS ad libellum rescriptit, tunc tantum esse hunc constitutioni locum, cum in annos singulos relegaretur.* Einige halten die Lesart *hunc tantum* für fehlerhaft. *Iac. CUIACIUS Lib. XIV. Observat. cap. 17.* liest dafür *non tantum*. Ihm pflichtet auch *POTHEER* in *Pand. Justinian. Tom. I. Lib. VII. Tit. 4. Nr. IX. not. i. ben.* Dagegen verwerfen *ROBERTUS Lib. I. Animadversion. c. 5.* und *Sieg. Reich. JAUCHIUS in Mediat. Critic. de negationib. Pandect. Florentin. Cap. XLII. §. 24. pag. 178.* diese Emendation. *Petr. PARRONIUS Animadversion. et variat. Lecton. lib. II. cap. 5. (in Ev. OTTONIS Thef. iur. Rom. Tom. I. pag. 635)* hält die *Repetition* des *Ususfructus* auf

quae sit post amissum capitis diminutionem usufructum, quaeritur, an et ius accrescendi secum saluum habeat: ut puta, Titio et Maevio usufructus legatus est, et, si Titius capite minutus esset, eidem usufructum legavit; Quaesitum est, si Titius ex repetitione usufructum haberet, an inter eos ius accrescendi saluum esset? et PAPINIANUS lib. 17. Quaestionum scribit, saluum esse, perinde ac si alius esset Titio in usufructu substitutus: hos

auf den Fall des Verlusts für überflüssig, wenn der Nießbrauch in annos singulos vermacht worden ist; weil hier nicht ein Vermächtniß, sondern mehrere Legate vorhanden sind. L. 10. D. Quando dies legator. vel fideic. ced. Diefem zu Folge, glaubt er, müsse das Gesetz so emendirt werden: Nec tamen esse huic constitutioni locum, cum in annos singulos relegeretur. Allein er hat nicht bedacht, daß die Repetition des Usufructs sowohl ausdrücklich, als stillschweigend geschehen könne. Von dem letzten Falle ist in L. 23. cit. die Rede. Nur diese wurde anfangs für erlaubt gehalten. Hierauf gieng das Rescript des S. Antoninus, und dieses ~~Rescript~~ galt zur Zeit des Junius Mauricianus. Eine ausdrückliche Repetition des Nießbrauchs besonders auf den Fall, wenn der Usufructuar eine Capitisdiminution erleiden würde, ist erst späterhin gestattet worden. Denn man glaubte, durch eine solche Repetition werde den Gesetzen jawider gehandelt, welche ein für allemal die Fälle bestimmt hätten, die das Nutzungsrecht aufheben. Auf solche Art läßt sich nun der Widerspruch zwischen Maurician und Ulpian vollkommen heben, wenn ja ein Widerspruch inter aevi diversi Iureconsultos angenommen werden kann, wie Ger. NOODT de Usufructu Lib. II. cap. 12. und Io. Gottl. HEINECIUS in Commentar. ad Leg. Iuliam et Pap. Poppaeam Lib. III. cap. 5. §. 2. pag. 400. sehr richtig bemerkt haben, obwohl NOODT dennoch die Eujasianische Emendation annimmt.

hos enim, tametsi non verbis, re tamen conjunctos
videri.

Noch ist zu bemerken, daß wenn der Nießbrauch auf
andere Art, als durch Vermächtniß, entsteht, z. B. er ist
durch Vertrag mehreren Personen an der nämlichen Sache
gegeben worden, das Actrescenzrecht nicht Statt finde³²⁾.

32) L. 15. D. de duobus reis. C. SURIN de usufructu accres-
cendo Princ. §. Unde quaeritur (in Ev. OTTONIS Thes. iur.
Rom. T. IV. pag. 101. sq.) Franc. DUARENUS de iure adcre-
scendi L. I. cap. 15. Aut. SCHULTING Thesium controversiar.
iuxta seriem Digestor. Decad. XXI. Th. 10. und WESTPHAL
§. 854. not. 753 a. am Ende §. 586.

Lib. VII. Tit. III.

Quando dies ususfructus legati cedat.

§. 637. b.

Regel, welche den Anfang der Erwerbung des Rechts bey einem vermachten Nießbrauch bestimmt, mit ihren Ausnahmen.

Nach dem Römischen Recht ist der Grundsatz angenommen, daß das Nutzungsrecht, welches Jemandem in einem Testament hinterlassen worden ist, nicht eher seinen Anfang nimmt, als wenn der Erbe die Erbschaft angetreten hat. Ulpian drückt diese Regel *L. un. §. 2. D. b. t.* so aus: *Dies legati ususfructus non prius cedit, quam hereditas adeatur.* Der Grund, warum die römischen Gesetzgeber hier von der Regel, nach welcher sonst der Legatar sofort im Augenblick des Todes des Erblassers ein Recht auf das Vermächtniß erwirbt ⁸³⁾, abgewichen sind, ist der, weil der Nießbrauch ein subjectiv persönliches Recht ist, welches nicht auf die Erben übergeht. Da dieser Grund auf alle persönliche Dienstbarkeiten paßt, so gilt auch bey allen der nämliche Grundsatz, wie aus *L. 2. et. 3. D. Quando dies legator. cedat* erhellet, wo Ulpian sagt: *Si pure sit ususfructus legatus, vel usus, vel habitatio, neque eorum dies ante aditam hereditatem cedit, neque petitio ad heredem transit. — Nam cum ad heredem non transferatur, frustra est, si ante quis diem eius cede-*

83) *L. 5. §. 1. D. Quando dies legator. cedat.*

cedere dixerit⁸⁴⁾. Nur bey den operis servorum machte man eine Ausnahme. Bey diesen nahm das Recht des Legatars nicht im Augenblick der angetretenen Erbschaft, seinen Anfang, sondern erst von der Zeit an, da sie der Legatar gefordert hat. Ulpian sagt *L. 7. D. de usu et usufr. etc. leg. Operae testamento relictæ quando cedere debeant? Utrum ex quo petit eas legatarius, an ex quo adita hereditas est? — Et puto, ex die petitionis eas cedere*⁸⁵⁾. Damit jedoch der Erbe in Antretung der Erbschaft nicht säume, so verpflichten ihn die Gesetze zur Entschädigung des Legatars, wenn er blos zu dessen Nachtheil zögerte⁸⁶⁾. Von jenem Grundsatz, daß man an einem vermachten Nießbrauche im Augenblick der angetretenen Erbschaft ein Recht erwerbe, findet auch noch dann eine Ausnahme Statt, wenn dem Vermächtniß eine Bedingung

85) POTHIER in Pandect. Justin. Tom. II. Tit. de legatib. P. III. Nr. CCLXXVII. not. a. pag. 328. erklärt diese Stelle sehr gründlich, wenn er sagt: *Omnia legata per aditionem hereditatis confirmantur, et ab ea pendent. Si ergo dies eorum pedit ex die mortis testatoris, hoc fit auxilio fictionis, quæ aditionem hereditatis retro trahit ad diem mortis: quæ fictio introducta est, ut legatarii interim morientes possent id, quod sibi relictum est, ad heredes suos transmittere, nec posset heres eis nocere, dum differt adire hereditatem. Cum autem hæc ratio cesset in legatis earum rerum, quæ ad heredem transmitti nequeunt; hinc est, quod in his legatis ad hanc fictionem non recurratur, et eorum dies demum ab adita hereditate cedat.* Man sehe auch GOCCEJI ius civ. contr. h. t. Qu. I.

85) C. WESTPHAL de libert. et servit. praed. §. 772. not. 696. et §. 869.

86) *L. 46. §. 1. L. 47. D. de Usufr.* C. VORT Commentar. ad Pand. h. t. §. 1. in fine.

dingung oder eine gewisse Zeit ist beigelegt worden, nach deren Eintritt der Legatar erst den Nießbrauch erhalten soll. Ulpian bemerkt dies ebenfalls, wenn er *L. un. §. 3. D. b. t.* sagt: Item si ex die ususfructus legetur, dies eius nondum cedit, nisi cum dies venit: posse enim usumfructum ex die legari, et in diem, constat. Hier kann also weder von einer Erwerbung noch von einem Verlust des Nießbrauchs eher die Rede seyn, als bis die Bedingung existirt, oder die bestimmte Zeit erschienen ist.⁸⁷⁾

Ist der Nießbrauch auf alle Jahre, Monate, oder Tage vermacht, oder abwechselnd ein Jahr um das andere; so ist nicht ein Legat, sondern es sind mehrere vorhanden. Das Recht des Legatars nimmt daher immer wieder mit jedem neuen Termin seinen Anfang⁸⁸⁾. Hierauf gehören folgende Stellen.

L. un. pr. D. b. t. Quamquam ususfructus ex fruendo consistat, id est, facto aliquo eius, qui fruitur et utitur; tamen semel cedit dies. Aliter atque si cui in menses vel in dies vel in annos singulos quid legetur: tunc enim per dies singulos, vel menses, vel annos dies legati cedit. Unde quaeri potest, si ususfructus, cui per dies singulos legetur, vel in annos singulos, an semel cedat? et puto, non cedere simul, sed per tempora adjecta, ut plura legata sint.

L. 13. D. de usu et usufr. legat. Cum ususfructus alternis annis legatur: non unum, sed plura legata sunt.

Die

87) *L. 5. §. 1. et 2. D. Quando dies legator.* WESTPHAL cit. libr. §. 802.

88) *G. de COCCEJI ius civ. contr. h. t. Qu. 2.*

Die Folge davon ist, daß ein solcher Nießbrauch weder durch Capitisdeminution, noch durch Nichtgebrauch verlohren geht⁸⁹⁾. Denn die Bestimmung einzelner Termine, sie seyen fortlaufend, oder abwechselnd, hat die Kraft einer stillschweigenden Repetition⁹⁰⁾.

In Ansehung der Prädial, Servituten bleibt es bey der Regel. Sind solche vermacht worden, so erwirbt der Legatar sofort im Augenblick des Todes des Erblassers ein Recht darauf⁹¹⁾. Stirbt also auch der Legatar, ehe noch der Erbe die Erbschaft angetreten hatte, so geht doch die Servitut auf den neuen Besitzer des herrschenden Grundstücks über⁹²⁾. Die *actio confessoria* kann jedoch nicht eher angestellt werden, als nach erfolgter Antretung der Erbschaft. Man giebt daher die Regel: *Servitutis praedialis dies a morte quidem testatoris cedit, sed ab adita hereditate venit*⁹³⁾.

Lib. VII.

89) L. 10. D. de capite minut. L. 8. D. de annuis legat. L. 28. D. Quib. modis ususfr. amittit.

90) L. 2. pr. et §. 1. D. Quib. mod. ususfr. vel usus amitt. L. 23. D. de usu et usufr. leg. C. WESTPHAL de libert. et servitut. praedior. §. 951. et 952.

91) C. Abrab. WIRLING Lection. iuris civ. Lib. I. cap. 21. pag. 76. sq.

92) L. 5. D. Quando dies legator. iunct. L. 4. D. de servitut. praed. rustic.

93) L. 7. pr. D. Quando dies legator. L. 213. D. de Verb. Signif. C. WESTPHAL de servit. praedior. §. 868.

Quibus modis ususfructus vel usus
amittitur.

§. 637. c.

Endigung des Nießbrauchs durch den Tod des Usufructuars.
Inwiefern gehen die Früchte des Sterbjahrs auf seine
Erben über.

Der Nießbrauch kann auf mancherley Art aufhören.
Er endiget sich

1) durch den Tod des Usufructuars⁹⁴⁾. Nam
ius fruendi, sagt Ulpian⁹⁵⁾ personae cohaeret. Es
kommt nicht darauf an, wie die Servitut constituit worden
ist. Auch wenn der Nießbrauch durch Vertrag gege-
ben war, geht er doch nicht auf die Erben über, wie
Ulpian gleichfalls lehrt, wenn er L. 38. §. 10. D. de
Verbor. obligat sagt: Si quis ita stipulatus fuerit, uti
frui sibi licere⁹⁶⁾: ad heredem ista stipulatio non per-
tinet.

§ 2

94) §. 3. I. de Usufr.

95) L. 3. §. 3. D. Quib. mod. usufr. amitt.

96) Einige Rechtsausleger wollen einen Unterschied machen zwi-
schen uti frui licere, und stipulari usumfructum. Nur letzteres
gebe auf das Recht der Nutznießung; jenes aber deute nur auf
das bloße Factum des Gebrauchs. S. ALCIATUS, EUJACIUS
und DONELLUS in Commentar. ad L. 38. §. 10. D. de Verbor.
Obligat. Allein daß dieser Unterschied ganz ungegründet sey,
erhellet aus L. 38. §. 11. D. eod. wo die stipulatio: uti frui
sibi licere, eine stipulatio de usufructu genannt wird.

tinert. Denn es ist schlechterdings unmöglich, sagt Justinian L. 12. pr. Cod. de Usufr. daß der Nießbrauch auf die Erben transmittirt werden könne, weil es unbezweifelten Rechts ist, daß er durch den Tod gänzlich erlischt. Es läßt sich zwar wohl gedenken, daß Jemandem der Nießbrauch für sich und seine Erben gegeben wird. Ulpian sagt dieses selbst. L. 38. cit. §. 12. Sed si quis, uti frui licere sibi, heredique suo, stipulatus sit: videamus, an heres ex stipulatu agere possit, et putem posse, licet diversi sint fructus. Allein mit Recht bemerkt auch hier Ulpian, daß in dem gedachten Falle nicht ein Nießbrauch constituirte sey, der sodann nach dem Tode des Usufructuars auf seine Erben transmittirt werde. Nein, es ist ein doppelter Nießbrauch bestellt. Der Nießbrauch der Erben ist ein neuer, von dem Usufructus ihres Erblassers ganz verschiedener Nießbrauch, der ihnen nicht sowohl vermöge der Transmission aus einem Erbrechte, als vielmehr aus einem eigenen Rechte zusteht, und erst nach dem Tode des Usufructuars erworben wird. Hiervon wird uns noch mehr der Umstand überzeugen, daß dem Vermächtniß des Nießbrauchs, sofern es zugleich auf die Erben des Usufructuars gerichtet ist, die Kraft einer Repetition bezeugt wird⁹⁷⁾. Nun ist eine Repetition des Nießbrauchs anders nicht denkbar, als wenn der vorige Usufructus gänzlich erloschen ist⁹⁸⁾. Eine Folge hiervon ist, daß die Erben auch von neuem Caution machen müssen, und wenn auch derjenige, welchem der Nießbrauch für sich und seine Erben vermacht worden ist, noch vor dem Testirer stirbt,

97) L. 5. D. b. t.

98) L. 3. D. eodem.

stirbt, so kommt der Ususfructus doch den Erben zu, welche zur Zeit der Antretung der Erbschaft noch vorhanden sind⁹⁹⁾. Die alten römischen Rechtsgelehrten stritten jedoch über den Fall, wenn Jemandem ein Grundstück auf eine solche Art vermacht worden ist, daß der Erbe des Testirers den Nießbrauch davon behalten solle¹⁰⁰⁾. Einige hielten ein solches Vermächtniß darum für ungültig, weil es dem Proprietar nichts nütze. Denn da unter dem Wort Erbe, nicht bloß der nächste, sondern alle nachfolgende Erben begriffen sind¹⁾; so werde der Nießbrauch nie zur Proprietät zurückkehren. Dieser Meinung waren die Proculianer, deren Hauptmaxime war, überall streng bey dem Wortverstände stehen zu bleiben²⁾. Andere hingegen trugen kein Bedenken, das Vermächtniß für gültig zu halten. Sie behaupteten, daß es nach der Absicht des Testirers nicht anders zu verstehen sey, als daß bloß der nächste Erbe den Nießbrauch haben, und derselbe sodann nach dessen Tode wieder mit der Proprietät vereinigt seyn sollte. So sprachen die Sabinianer, wie aus einer

X 3

Stelle

99) G. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 1. und vorzüglich Io. STRAUCH ad L. Decisiones Iustiniani Exercitatus V. Cap. 3. n. 10. sqq.

100) G. Gottfr. MASCOVII Diatr. de Sectis Sabinianor. et Proculianor. Cap. IX. VII. 1. pag. 168. sqq.

1) L. 65. D. de Verb. Signif. Heredis appellatio non solum ad proximum heredem, sed et ad ulteriores refertur: nam et heredis heres, et deinceps, heredis appellatione continetur.

2) G. Em. MERILLII Observation. Lib. I. cap. 3. und Car. Ferd. HOMMEL Diss. de principali causa dissensionum inter Labeonem et Capitonem horumque sectatores. Lipsiae 1750. §. 8.

Stelle Julians erhellet, welcher *L. 4. D. Si usufr. petet.* sagt: *Fundus detracto usufructu legatus est Titio, et eiusdem fundi usufructus Sempronio sub conditione. Dixi, interim cum proprietate usumfructum esse; licet placeat*³⁾, *cum, detracto usufructu, fundus legatur, apud heredem usumfructum esse*⁴⁾. Ihm stimmte auch Cajus bei, welcher sich darüber *L. 6. pr. D. de Usufr.* so erklärt; *Sed et proprietates deducto usufructu legari potest, ut apud heredem maneat usufructus.* Justinian entschied diesen Streit endlich in der *L. 14. Cod. de Usufr.* dahin, daß das Vermächtniß in dem bemerkten Falle gültig seyn, und der Nießbrauch mit dem unmittelbar nächsten Erben sich endigen, folglich nach dessen Tode, oder auch wenn dieser aus einem andern rechtlichen Grunde den Nießbrauch verloren hätte, wieder zur Proprietät zurückkehren solle. Die Worte der Decision selbst lauten so: *Antiquitas dubitabat, si quis fundum, vel aliam rem cuidam testamento relinqueret, quatenus usufructus apud heredem maneret, si (i. e. an) huiusmodi constaret legatum? Et quidam inutile legatum esse existimabant: quia usufructus nunquam ad suam rediret proprietatem, sed semper apud heredem remaneret, et forsitan hoc existimabant, quia et secundus heres, et deinceps, successores unius esse videantur, nec possit huiusmodi usufructus secundum veterem distinctionem*

3) Das Wort *Placet* deutet gewöhnlich in den Fragmenten der Römischen Rechtsgelehrten auf eine Controversä hin, bey welcher man sich endlich über einen Rechtsfall vereinigte. *S. BRISONIUS de Verb. Signifi. v. placere.*

4) *S. WESTPHAL cit. lib. §. 801. not. 717.*

nem solitis modis extingui. Alii autem huiusmodi legatum non esse respuendum existimaverunt. *Tales altercationes decedentes, sancimus, et huiusmodi legatum firmiter esse, et talem usumfructum una cum herede finire; et illo mortente, vel aliis legitimis modis eum amittente, expirare.* Quare enim iste ususfructus sibi tale vindicet privilegium, ut a generali interemptione ususfructus ipse solus excipiat? quod ex nulla induci rationabili sententia manifestissimum est. *Et propter hoc et usumfructum finire, et ad proprietatem suam redire, et utile esse legatum sancientes, huiusmodi paucissimis verbis totam eorum ambiguitatem delevimus*⁵⁾. Dieser Verordnung zu Folge wird nun also auch, der Nießbrauch in dem Falle, da er Jemandem für sich und seine Erben vermacht, oder durch Vertrag ist eingeräumt worden, sich durch den Tod der Erben des ersten Grades endigen⁶⁾, sie mögen gesetzliche oder Testamentserben seyn.

Es fragt sich aber, wenn der unmittelbare Erbe stirbt, ehe der ususfructus formalis in seiner Person seinen Anfang genommen hatte, ob nicht wenigstens in diesem Falle der Nießbrauch an den Erben des Erben komme? Man setze den Fall, daß der Erbe das Grundstück, wovon ihm

§ 4

der

5) *C. Io. STRAUCH ad L. Decisiones Iustiniani. Exercit. V. Cap. 6. und Em. MERILLII Exposition. ad L. Decisiones Iustin. Nr. XVI. ad L. 14. C. de Usufr. (in Operib. Neapoli 1720. 4. edit. Tom. II. pag. 49. sq.)*

6) *C. Hug. DONELLUS in Commentar. ad Tit. Dig. de Verbor. obligationib. (Francof. 1599. f.) ad L. 38. §. 10. dict. Tit. nr. 7. pag. 117. und Ios. AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. V. cap. 12. nr. 8. pag. 219.*

der Nießbrauch vorbehalten ist, dem Legatar erst nach zehn Jahren übertragen soll. Der Erbe stirbt aber, ehe noch die zehn Jahre verlaufen sind. Wird hier der Legatar, wenn die Zeit des Vermächtnisses erscheint, verlangen können, daß ihm das volle Eigenthum des legirten Grundstücks übertragen werde, oder gehört nicht vielmehr von dieser Zeit an der Nießbrauch dem Erben? Paulus entscheidet diesen Fall auf folgende Art: L. 26. pr. D. de usu et usufr. leg. Sempronius Attalus ab herede suo fundum in Italia Gajo post decennium, deducto usufructu, dari iussit. Quaero, cum medio hoc decennii spatio heres vita functus sit, an post tempus decennii plenus fundus ad legatarium pertineat. Movet enim me, quod dies legati huius sive fideicommissi cesserit, ac per hoc et ad heredem legatarii pertinere potuerit: et ideo quasi circa debitum iam legatum, mortuo herede, usufructus extinctus sit, nec ad heredem heredis pertinere possit. Respondi: dies quidem fideicommissi vel legati cedit statim, cum post tempus certum heres dare rogatur sive iubetur. Sed usufructus nondum est heredis, nisi cum dominium, deducto usufructu, praestitit. Et ideo capitis deminutione vel morte perire non potest, quod nondum habuit. Idem evenit, si proprietas deducto usufructu sub conditione legata sit, et pendente conditione heres decesserit. Tunc enim ab heredis herede incipit usufructus, qui ex persona eius finietur. Sed his casibus de sententia testatoris quaerendum est, qui utique de eo usufructu detrahendo sensit, qui conjunctus est heredis personae. Quo extincto, solidam proprietatem ad legatarium voluit pertinere, nec plus transmitti ad successorem suum, qui nondum habere

habere coepit usumfructum, quam si iam habere coepisset. Nach der strengen Rechts-theorie könnte der Erbe des Erben den Nießbrauch in dem gegebenen Falle allerdings verlangen. Denn der eigentliche Nießbrauch als Servitut, oder der so genannte ususfructus formalis konnte nicht eher entstehen, als nachdem er von der Proprietät getrennt, und das Eigenthum des Grundstücks auf den Legatar war übertragen worden. Dieses geht nun aber bey einem legato ex die relicto nicht eher auf den Legatar über, als nachdem die Zeit der Uebertragung eingetreten ist ⁷⁾. Vorher ist also der Erbe als Eigenthümer zu betrachten, welcher die Früchte nicht iure servitutis, sondern iure dominii percipirt. Er hat also noch, wie man es nennt, den usumfructum causalem. Starb nun der Erbe ante diem legati venientem, so konnte von seiner Erlöschung eines ususfructus formalis die Rede seyn, welcher in der Person des Erben noch gar nicht seinen Anfang genommen hatte. Das volle Eigenthum des legierten Grundstücks wird also eben so auf den Erben des ersten Erben übergehen, wie es bey dem verstorbenen ersten Erben war, und dieser wird nun, wenn die Zeit erfüllet ist, bey der Uebertragung des Eigenthums an den Legatar sich eben so den Nießbrauch für seine Person zu eignen können, als der verstorbene Erbe, wenn er noch lebte, dazu befugt wäre. Denn in seiner Person entsteht nun erst der eigentliche von dem Testator dem Erben vorbehaltene Ususfructus, nachdem die Proprietät auf den Legatar übergegangen ist. Man könnte zwar einwenden,

dass

7) L. 45. §. 1. D. de legat. II. G. Ios. AVERANII Interpretat, iuris. Lib. II. cap. 16. nr. 20. sqq.

daß der Legatar doch gleich von dem Todestage des Erblassers an, ein Recht auf das Vermächtniß erhalte. Nam dies legati proprietatis sub certo die relictus cedit statim a morte testatoris. Man könnte also glauben, der Erbe habe dem zu Folge auch schon ante diem venientem legati den usumfructum formalem gehabt, und dieser sey also mit seinem Tode erloschen, es könne folglich der Erbe des Erben darauf keinen Anspruch machen. Paulus macht sich selbst diesen Einwurf. Er beantwortet ihn aber dahin, daß man zwar sagen könne, in persona legatarii diem legati cedere statim, d. i. dieser erhalte gleich ein Recht auf das Vermächtniß, um das Legat auf seine Erben transmittiren zu können. Allein eine solche cessio diei läßt sich deswegen nicht gleich in der Person des Erben annehmen, weil die Forderung des Nießbrauchs, welche durch die cessio diei bewirkt wird, nicht eher entstehen kann, als bis der Nießbrauch von der Proprietät getrennt, und die Proprietät von dem Erben veniente die auf den Legatar übertragen ist. Denn nun erst läßt sich ein wahrer ususfructus in der Person des Erben gedenken. So lange also die cessio diei noch nicht in der Person des Erben als künftigen Usufructuarius geschehen ist, kann sich Etwas nicht endigen, was noch nicht seinen Anfang genommen hatte, also weder der ususfructus, der ante diem noch nicht constituirte war, noch eine darauf sich beziehende Forderung des Erben, da der Legatar ante diem noch nicht Eigenthümer war, und also noch kein Schuldner existierte, von welchem der Nießbrauch hätte gefordert werden können. Paulus fügt noch hinzu, daß die nämliche Entscheidung auch in dem Falle eintrete, wenn Jemandem die Proprietät eines Grundstücks unter einer Bedingung auf

auf eine solche Art vermacht worden ist, daß der Nießbrauch bei dem Erben verbleiben solle, und der Erbe pendente conditione stirbt. Hier werde der ususfructus, als Servitus, erst in der Person des nachfolgenden Erben seinen Anfang nehmen, und sich mit seiner Person endigen. So wenig nun auch dies alles nach der strengen Rechts Theorie einigem Zweifel unterworfen ist, so kommt es doch, sagt Paulus noch zuletzt, in solchen Fällen vorzüglich auf die Meinung des Testirers an. Diese muß immer der strengen Rechts Theorie vorgezogen werden ⁸⁾. Nun ist nach der vermuthlichen Willensmeinung des Erblassers im Zweifel eher anzunehmen, daß der Testirer den Nießbrauch bloß seinem unmittelbaren Erben habe zuwenden wollen, als daß er auch zugleich an den Erben des Erben, der ihm ganz unbekannt war, sollte gedacht haben ⁹⁾. Der Erbe, in dessen Person der ususfructus noch nicht zu existiren angefangen hatte, (so sind die Worte: *qui nondum habere coepit usumfructum*, zu verstehen, welche nicht auf die unmittelbar vorhergehenden *ad successorem suum*, sondern auf heredem gehen) werde also den Nießbrauch eben so wenig auf seinen Erben (*ad successorem suum* ¹⁰⁾) transmittiren, als wenn er den

usus-

8) L. 7. Cod. de fideicomm.

9) Man sehe über diese Stelle Ger. NOODT de Usufr. Lib. II. cap. 12. Tom. I. Operum pag. 472. Franc. de AMAYA Observation. iuris Lib. III. cap. 9. Ios. AVERANIUS Interpretation. iuris Lib. V. cap. 1. n. 6. POTHIER Pandect. Iustinian. T. I. Lib. VII. Tit. 1. Nr. XLIX. und WESTPHAL de lib. et servitut. praedior. §. 802.

10) Io. IENSIUS in Stricturis ad Rom. iuris Pand. ad L. 26. cit. pag. 272. hat wohl nicht Unrecht, wenn er glaubt, daß statt suc-

ususfructus schon gehabt hätte. Eben dies bestärkt auch Afrikanus, welcher L. 36. §. 1. D. de usufr. bemerkt, daß dieses bey Vermächtnissen weniger Zweifel habe, als bey Verträgen, weil man bey den letztern doch gewöhnlich auch für seine Erben Sorge ¹¹⁾). Diese sehr merkwürdige Stelle lautet so: Stipulatus sum de Titio fundum Cornelianum, detracto usufructu. Titius decessit. Quaesitum est, quid mihi heredem eius praestare oportet? Respondit, referre, *qua mente usufructus exceptus sit. Nam siquidem hoc actum est, ut in cuiuslibet persona usufructus constitueretur, solam proprietatem heredem debiturum. Sin autem id actum sit, ut promissori duntaxat usufructus reciperetur, plenam proprietatem heredem eius debiturum.* Hoc ita se habere, manifestius in causa legatorum apparere. *Etenim si heres, a quo, detracto usufructu, proprietas legata sit, priusquam ex testamento ageretur, decesserit, minus dubitandum, quin heres eius plenam proprietatem sit debiturus.* Idemque et si sub conditione similiter legatus sit, et pendente conditione heres decessit. Hier ist also eigentlich der Fall der, daß Jemandem ein Grundstück mit Vorbehalt des Nießbrauchs war versprochen worden. Der Promittent starb aber noch vor

successorem suum vielmehr *successorem eius* gelesen werden müsse. Liefert man indessen mit Baudouin und andern Ausgaben *transmittit*, statt *transmitti*, so ist jene obnehm von aller Auctorität entblößte Emendation des Jansius nicht nöthig. Er meint, der Fehler liege in einer unrichtigen Uebersetzung des Griechischen αὐτῷ. Dies läuft aber auf die bekannte, schon an einem andern Orte (1. Th. S. 320.) widerlegte Janssische Hypothese hinaus.

¹¹⁾ L. 9. in fin. D. de probat.

vor der Uebergabe, und ehe der Nießbrauch von der Proprietät getrennt war. Es entstand nun die Frage, wozu der Erbe verpflichtet sey, zur Uebertragung des vollen Eigenthums, oder nur der bloßen Proprietät? Africanus entscheidet sie so, es komme darauf an, was bey dem Vorbehalt des Nießbrauchs die Absicht gewesen sey? Ist verabrebet worden, daß der Nießbrauch in der Person des Promittenten oder auch seines Erben, oder sonst irgend eines Dritten constituiert werde, so prästire der Erbe die bloße Proprietät. Hätte hingegen der Promittent nur sich den Nießbrauch vorbehalten, so gehe der ususfructus nicht auf den Erben über, sondern dieser sey das volle Eigenthum an den Acceptanten zu übertragen verpflichtet; und dies müsse im Zweifel immer angenommen werden, daß der Promittent durch den Vorbehalt des Nießbrauchs bloß für sich gesorgt habe ¹²⁾.

Ist der Nießbrauch einer Person gegeben oder vermacht, die noch unter der väterlichen Gewalt steht, so wird
durch

12) C. Iac. CUJACII Commentar. ad Africanum Tract. V. ad L. 36. §. 1. D. de Usufr. In den Basilicis Lib. XVI. Tit. 1. Tom. II. pag. 259. lautet die Stelle so: Εάν ἐπαρωτήσω αἶμα, ὑπεξηρημένης χρήσεως, καὶ τελευτήσῃ ὁ ὁμολογήσας, εἰ μὲν διὰ τὸ συστήσασθαι εἰς πρόσωπον ἑτέρου τὴν χρῆσιν, ὑπεξείλε, μόνην τὴν δεσποτείαν δίδωσιν ὁ κληρονόμος. εἰ δὲ εἰς ἴδιον πρόσωπον ἐξείλε, δίδωσι καὶ τὴν χρῆσιν. i. e. Si stipulatus sit fundum, detracto usufructu, et, qui promissit, decesserit, si quidem exceptus sit usufructus, ut in alterius persona constitueretur, solam proprietatem heres praestabit, si vero ut in persona mea constitueretur, fructum etiam praestabit.

durch sie der *ususfructus* auch dem Vater selbst *acquisit*. Stirbt daher der *filiusfamilias*, oder er wird von seinem Vater *emancipirt*, so erlischt dadurch der Nießbrauch nicht, sondern der Vater behält ihn bis an seinen Tod. Es verbleibt aber auch umgekehrt der Nießbrauch dem Sohne, wenn der Vater stirbt, oder durch eine *Capitis deminution* seine subjective Rechtsfähigkeit verliert, wenn auch der Sohn des Vaters Erbe nicht wird. Denn man muß im Zweifel annehmen, der Testirer habe mehr um des Sohns als um des Vaters willen den Nießbrauch hinterlassen. Unter den alten römischen Rechtsgelehrten mag zwar die Sache nicht ganz außer Zweifel gewesen seyn. Wir finden indessen davon in den Pandecten keine weitem Spuren, sondern kennen jetzt diese Controverse nur aus Justinians Decßion *L. ult. C. de usufructu*, welche folgendermaßen lautet: *Ex libris Sabinianis quaestio nobis relata est, per quam dubitabatur, si usufructus per servum acquisitus, vel per filiumfamilias, capitis deminutione filii magna vel media, vel morte, vel emancipatione, vel servi quacunq̃ alienatione, vel morte, vel manumissione possit adhuc remanere? Et ideo sancimus in huiusmodi casibus, neque si servus vel filiusfamilias in praefatos casus inciderit, interrumpi patri vel domino usumfructum, qui per eos acquisitus est, sed manere intactum. Neque si pater magnam capitis deminutionem, vel mediam passus fuerit, vel morte ab hac luce fuerit exemptus, usumfructum perire: sed apud filium remanere, etiamsi heres a patre non relinquatur. Usumfructum enim per eum acquisitum, apud eum remanere etiam post patris calamitatem oportet, cum plerumque verisimile*

risimile sit, testatorem contemplatione magis filii, quam patris, usumfructum ei reliquisse. ¹³⁾

Wenn einer Stadt, oder einer andern moralischen Person, die nicht stirbt, der Nießbrauch gegeben oder vermacht worden ist, so kommt es zuvörderst darauf an, ob durch den Vertrag oder im Testament die Dauer desselben bestimmt worden ist, oder nicht. In dem letztern Falle endiget sich die Servitut erst durch den Ablauf von hundert Jahren, wosern nicht die moralische Person früher zu existiren aufhört ¹⁴⁾. Aus den darüber sprechenden Stellen unserer Pandecten L. 56. D. de usufr. und L. 8. D. de usu et usufr. leg. ergiebt sich, daß man auch darüber Anfangs im Zweifel war, bis man sich über den angegebenen Grundsatz vereinigte. Zwar war es schon längst vor den Zeiten des Cajus Rechtens, daß den Städten Etwas gültig in Testamenten legirt werden konnte. Schon Kr. Nerva hatte dieses Recht zu Gunsten der Städte eingeführt, welches nachher durch ein Senatusconsultum unter dem Kr. Hadrian noch mehr bestärkt wurde ¹⁵⁾; und Kr.

Marz

13) E. Fr. RAGUELLI Commentar. ad Constitut. et Decision. Iustin. ad h. L. ult. C. de Usufr. pag. 183. sq.

14) E. Franc. RAMOS DEL MANZANO Diss. ad Titum Cajum de usufructu municipibus legato; (in MEERMANNI Thes. iuris civ. et canon. Tom. V. pag. 533. sqq.) Pet. FABER Semestrium Lib. I. cap. 8. et 9. Io. D'AVEZAN Servitutum libr. P. VIII. (in Thes. Meermann. Tom. IV. pag. 206. sqq.) Is. SWEEER'S Diss. de usufructu civitati relicto. Lugd. 1731. und de COCCERJ iur. civ. controuv. h. t. Qu. I.

15) ULPIAN. Fragm. Tit. XXIV. §. 28. (bey SCHULTING in Iurisprud. Antejust. pag. 659.) Civitatibus omnibus, quae sub impe-

Marcus zuletzt auf alle erlaubte Collegien und Personens-
Gemeinheiten ausdehnte¹⁶⁾. Allein man war doch anfangs
darüber im Streite, ob einer Stadt der Nießbrauch ver-
macht werden könne? Der Zweifelsgrund war, daß eine
moralische Person nicht stirbt, auch nicht leicht durch eine
Capitulumdemolition ihren Untergang findet. Es wäre also
bey einem solchen Usufructuar zu besorgen, der Nießbrauch
möchte ewig dauern, und dadurch die ganze Proprietät
unnütz werden. Man stimmte aber doch endlich in die Mei-
nung ein, welche auch der Gerichtsgebrauch annahm, daß
einer Stadt, wie einer andern Person, der Nießbrauch
vermacht werden könne, weil Städte mit andern Personen
doch darin eine Aehnlichkeit haben, daß sie durch Unt-
ergang und Zerstörung, wie Menschen durch den Tod, zu
seyn aufhören¹⁷⁾; nicht minder, wie andere Personen,
eine

imperio P. Romani sunt, legari potest: idque a divo NERVA
introducitur, postea a Senatu auctore Adriano diligentius con-
stitutum est.

16) L. 20. D. de rebus dubiis. L. 73. §. 1. D. de legat. I. C.
Em. MERILLII Observation. Lib. IV. cap. 16. Ant. SCHUL-
TING Iurisprud. Antejust. pag. 659. not. 73. und Io. Aug.
BACHII Trajanus p. 142.

17) L. 21. D. b. t. sagt: Si ususfructus civitati legetur, et ara-
trum in eam inducatur, civitas esse desinit; ut passa est Car-
thago: ideoque, quasi morte, desinit habere usumfructum. Von
dem Gebrauche des Pfluges bey Zerstörung einer Stadt ver-
gleiche man Alb. Diet. TRECKEL Selectar. Antiquitat. Cap. I.
§. 6. Es bezieht sich hierauf die Stelle bey Horaz Lib. I.
Carmin. Od. 16. v. 20 wo er sagt: Inprimeretque muris hostile
aratrum exercitus insolens; wobey desselben Ausleger ACRON
die Bemerkung macht: Condendis et evertendis urbibus haec
con-

eine Capitisdeminution erleiden¹⁸⁾, und auch durch Nichtgebrauch den Ususfructus verlieren können¹⁹⁾. Hieraus erklärt

consuetudo fuit, ut aratio fieret. Carthago, dessen Mo-destin hier gedenkt, wurde von Scipio Africanus eingenommen, und gänzlich zerstört. VELLEIUS PATERCULUS Histor. Rom. Lib. I. cap. 12. PLINIUS Lib. XV. Histor. Natur. Cap. 18. Ein gleiches Schicksal-erfahren die Städte Corinth, Sagunt, Numantia u. m. a. Einen solchen Untergang einer Stadt verglichen die Alten mit dem Tode. So sagt Lyfurg in Orat. Κατὰ λωυκράτους: πόλις ἐστὶ θάνατος ἀνθρώπου γενέσθαι. i. e. Urbis mors est, reddi desolatam; und bey Lucian im Charon sagt Mercur: ἀποθνήσκουσι γὰρ καὶ πόλεις ὥσπερ ἄνθρωποι. i. e. urbes, ut homines, moriuntur. C. Io. van NISPEN Diss. ad Fragmenta, quae in Digestis ex Herennii Modestini novem libris Differentiar. supersunt. Lugd. Bat. 1752. Cap. 4. (in Ger. OELRICHS Thes. Dissertat. Belgicar. Vol. I. Tom. I. Nr. 1. pag. 31. sqq.)

18) Eine Stadt erlitt eine Capitisdeminution, wenn sie zur Strafe ihrer Stadt- und Bürgerrechte beraubt wurde, wie Dio und Herodian von Byzanz erzählen..

19) L. 66. §. 7. D. de legat. II. A municipibus hereditibus scriptis, detracto usufructu, legari proprietas potest: quia non utendo possunt usumfructum amittere. Eben deswegen, weil bey dem Fiscus keiner der angeführten Fälle, kein Tod nach Capitisdeminution, eintreten kann, so kann ihm der Nießbrauch schlechterdings nicht vermacht werden, denn er würde ewig dauern. C. D'AVEZAN cit. loc. pag. 207. wo er sagt: Quaestio est, an usufructus fisco relictus finiatur etiam eodem temporis spatio? Et verius esse videtur, non ut civitati, ita et fisco usumfructum posse relinqui, et, si relictus fuerit, ei denegandam esse actionem, quia scilicet, si fisco haberet ius capiendi usufructus, nunquam rediret ad proprietatem, nunquam consoli-

Glücks Erläut. d. Pand. 9. Th.

¶

daretur,

klärt sich denn auch, warum man, wenn weder der eine noch der andere Fall eintrat, einen Zeitverlauf von hundert Jahren zur Aufhebung des Nießbrauchsrechts festsetzte, weil man einen hundertjährigen Zeitraum für das höchste menschliche Lebensziel hielt. So wird man nun vollkommen verstehen, wenn Cajus L. 56. D. de Usufr. sagt: *An usufructus nomine actio municipibus dari debeat, quaesitum est. Periculum enim esse videbatur, ne perpetuus fieret: quia neque morte, nec facile capitis diminutione periturus est, qua ratione proprietas inutilis esset futura, semper abscedente usufructu. Sed tamen placuit, dandam esse actionem. Unde sequens dubitatio est, quousque tuendi essent in eo usufructu municipales? Et placuit, centum annis tuendos esse municipales: quia is finis vitae longaevi hominis est.* Eben dieser Grundsatz muß nun auch Statt finden, wenn einer Kirche, oder einem Kloster, oder einer andern frommen Stiftung der Nießbrauch zusteht²⁰⁾. Verschieden hiervon ist aber der Fall, wenn der Nießbrauch einem Religiosen vermacht worden ist. Hier läßt sich nicht behaupten, daß der usufructus, als ein dem Kloster selbst angefallenes Recht, erst nach einem Ablauf von hundert Jahren sich endige; sondern bleibt der Legatar ein Mitglied des Klosters, so endiget sich der Nießbrauch mit dessen Tode²¹⁾. Denn er ist selbst
und

daretur, inanis esset proprietas et inutilis, semper abscedente usufructu, et penes fiscum perpetuo residente, cum fiscus nunquam moriatur, nunquam capite minuat.

20) L. 23. C. de SS. Eccles.

21) TAMBURINUS de iure abbatum Tom. III. Disp. XI. Qu. 4. nr. 18. ENGEL Colleg. universi iuris canon. Lib. III. Tit. 31. nr. 38.

und bleibt der Usufructuar; das Kloster hingegen ist nur wegen des Verhältnisses, worin derselbe zu ihm steht, zu der Erhebung der Früchte berechtigt, sofern sie nicht etwa dem Religiosen mit Erlaubniß des Abtes, als ein *Peculium*, überlassen worden sind. Wird nachher das Kloster aufgehoben, oder der Religiose hört sonst auf ein Mitglied des Klosters zu seyn, so endiget sich auch das dem Kloster auf die Erhebung der Früchte zustehende Recht, und der Legatar, mit dessen Person der Ususfructus gesetlich verbunden bleibt, kann jetzt sein Recht wieder mit vollkommenem Grunde in Anspruch nehmen²²⁾.

Durch den Tod des Proprietars hört jedoch der Nießbrauch so wenig, als durch den Tod desjenigen auf, an welchen jener den Nießbrauch verpachtet hat, sondern der Ususfructus dauert fort, so lange der Usufructuar lebt²³⁾.

Ist nun der Nießbrauch durch den Tod des Miethnehmers geendiget, so entsteht die Frage, ob und wiefern die Früchte des letzten Jahrs den Erben desselben zu Theil werden²⁴⁾? *Cujas*²⁵⁾ glaubt, die Früchte müßten zwi-

2

schen

22) C. C. Lud. Böhmers. außerlesene Rechtsfälle 3. Band des 1. Abth. Resp. CXC. Qu. 2. nr. 26. C. 154.

23) L. 3. §. 1. C. de Usufr. L. 10. C. eodem. C. Io. Christ. SPITZ Progr. de certis modis, quibus ususfr. extinguitur. Adj. RIUSD. Diff. ad L. 15. §. ult. in fin. Dig. de Usufr. Erfordiae 1766.

24) Man vergleiche über diese Frage Io. D'AVEZAN Servitut. libr. P. III. Cap. 10. (bey MEERMAN Tom. IV. pag. 147.) VORT Comm. h. t. §. 39. Arnold VINNIUS, und Ian. a COSTA in Commentar. ad §. 36. I. de rer. divis. Ge. Lud. BOEHMER

schen den Erben des Nutznießers und dem Eigenthümer, nach Verhältniß der Zeit getheilt werden, da der Nießbrauch in dem letzten Jahre gedauert hat²⁶⁾. Allein dieß läßt sich nicht allgemein nach richtigen Grundsätzen des Civilrechts behaupten, wie schon Bröus²⁷⁾, Castillo²⁸⁾, Robert²⁹⁾, und Hartmann Pistoris³⁰⁾ durch Widerlegung der Gründe des Cujaz hinlänglich gezeigt haben. Man unterscheide also bei der aufgeworfenen Frage zwischen natürlichen und bürgerlichen Früchten.

A) Die natürlichen Früchte hat der Usufructuar in so weit auf seine Erben transmittirt, als er bei seinem Leben noch das Eigenthum daran durch die Perception erworben

in Diff. de acquisitione fructuum. Goett. 1783. §. 60. Ad. Frid. TRENDLENBURG Diff. de iure fructuum in primis post Augustum maturescentium. Buetzovii 1771. §. 5—7. WESTPHAL de lib. et servitut. praedior. §. 962. und Lud. Christph. Car. VEILLODTER Diff. in qua disquiritur, quatenus usufructu morte usufructuarii extincto, fructus in eius heredes transmittuntur? Altorfii 1802. 4.

25) Tr. de Feudis Lib. IV. Tit. 30. und Observation. L. XXIV. Cap. 21.

26) Er beruft sich auf L. 26. D. de Usufr. L. 5. §. 4. D. Si usufr. petet. L. 32. §. penult. Dig. de usu et usufr. legat. Diese Stellen werden in der Folge vorkommen, und dann näher geprüft werden.

27) Exposit. in Iustiniani Institution. L. II. Tit. I. §. 36. nr. 3. p. 241.

28) De usufructu Cap. LXXVII. §. 15.

29) Animadversion. Lib. II. cap. 10.

30) Quaest. iuris Lib. I. Quaest. XXIV. nr. 17. sqq. pag. 151. sqq.

erworben hatte. Soweit hingegen die Früchte zur Zeit seines Todes noch nicht abgefordert, oder wenigstens von dem Usufructuar noch nicht eingesamlet, und in Besitz genommen waren, gehören sie nicht den Erben desselben, sondern dem Proprietar, und dieser ist auch nicht schuldig, sie mit den Erben des Usufructuars zu theilen, wenn sie gleich zur Zeit des Todes desselben schon zur Erndte reif seyn sollten. Dies beweisen folgende Gesetzesstellen ganz klar.

§. 36. *I. de rer divis.* Is vero, ad quem ususfructus fundi pertinet, non aliter fructuum dominus efficitur, quam si ipse eos perceperit. *Et ideo, licet maturis fructibus, nondum tamen perceptis, decesserit, ad heredes eius non pertinent, sed domino proprietatis adquiruntur.*

L. 8, D. de annuis legatis. In singulos annos relictum legatum simile est usufructui, cum morte finitur: sane capitis deminutione non finitur, cum usufructus finiatur. — Illud certe amplius est in hoc legato, quod ingressu cuiuslibet anni, si decesserit legatarius, eius anni legatum heredi suo relinquit: quod in usufructu non ita est; cum fructuarius, etiam si maturis fructibus, nondum tamen perceptis decesserit, heredi suo eos fructus non relinquet.

L. 13. D. b. t. Si fructuarius messem fecit, et decessit: stipulam, quae in messe jacet, heredis eius esse *Labeo* ait: spicam, quae terra teneatur, domini fundi esse: fructumque percipi. spica aut foeno caeso,

aut uva adempta³¹⁾, aut excussa olea: quamvis nondum tritum frumentum, aut oleum factum, vel vindemia coacta sit. Sed ut verum est, quod de olea excussa scripsit, ita aliter observandum est de ea olea, quae per se deciderit. *Julianus* ait, *fructuarii fructus tunc fieri, cum eos perceperit*: bonae fidei autem possessoris, mox quam a solo separati sint.

Diese Stellen stehen mit den oben vorgetragenen Grundsätzen von der Erwerbung des Eigenthums an den Früchten einer fremden Sache in dem genauesten Zusammenhange. Denn so lange die Früchte noch nicht abgetrennt sind, werden sie, als Theile der Sache, für das Eigenthum dessen gehalten, dem die Sache selbst eigenthümlich zusteht³²⁾; weil man bei der Erwerbung der Früchte nicht auf das *ius seminis*, sondern bloß auf das *ius soli* sieht, wie *Julian*³³⁾ lehrt. Nach ihrer Trennung von der Hauptsache, die sie erzeugt hat, sind sie Sachen für sich, deren Eigenthum ipso iure auf den Eigenthümer der Hauptsache fällt. Wenn aber der Eigenthümer Jemandem das Fruchtungsrecht überlassen hat, so hat dieser zwar einen Titel, die Früchte der Sache sich zuzueignen. Aber sein Eigenthum werden sie erst durch Apprehension des Besitzes.

31) *Io. Guil. Hoffmann* ad Pandect. libr. VII. Diff. VIII. §. 4. will statt *uva adempta* lieber *uva demta* lesen. Denn man sagt nicht *uvam adimere*, sondern *demere*. Daher *vindemia*.

32) *L. 61. §. 8. D. de furt.* sagt: *Fructus, quamdiu solo cohaereant, fundi esse. Add. L. 44. D. de Rei vind.*

33) *L. 25. pr. et §. 1. D. de usur. et fructib.*

Besizes³⁴⁾. Dies ist es, was in den angeführten Gesetstellen perceptio genannt wird, wodurch der Fructuar die Früchte erwirbt. Die bloße Absonderung ist nicht hinreichend, wenn sie nicht von ihm selbst, oder von einem Andern in seinem Namen geschehen ist³⁵⁾. Sein Recht

Y 4

in

34) L. 12. §. 5. D. de usufr. Man führt auch die L. 78. D. de Rei Vind. an. S. GMELIN Diss. Fructuum perceptio modis adquirendi dominii vindicata seu potius restituta. §. 4. und Pet. PERRENONIUS Animadvers. et variar. Lection. Lib. II. cap. 16. (in OTTONIS Thes. iur. Rom. Tom. I. pag. 647.) sagt ausdrücklich: L. 78. cit., ut ex L. 13. D. Quib. mod. usufr. admittitur constat, accipienda est de fructuario; idque confirmat, quod ponitur in ea, eum, qui fructus percepit, suo nomine percepisse, et ita suos fecisse. Allein, daß die L. 78. vielmehr vom b. f. possessore zu verstehen sey, ist oben 8. Theils 1. Abth. §. 591. C. 274. ff. gezeigt worden. Mit dieser Erklärung stimmen auch die Basilica Tom. II. Lib. XV. Tit. 1. L. 78. pag. 213. überein, wo es heißt: Ο καλῇ πίστις νομῆς, εἰ μὴ καρποὺς ἔλαβεν, οὐ δίδωσιν. i. e. Bonae fidei possessor, nisi fructus ceperit, non restituit, etc. Wenn in L. 27. pr. D. de Usufr. gesagt wird: et stantes fructus ad fructuarium pertinent, so heißt das nur so viel, der Fructuar hat ein Recht, sich die hangenden Früchte durch Perception zu eigen zu machen. S. GALVANUS de Usufructu. Cap. XXVIII. §. 3. pag. 332.

35) L. 12. §. 5. D. de usufr. wo gesagt wird, wenn ein Dieb die Früchte abgefordert, und sich zugeeignet hätte, so stehe nicht dem Usufructuar, sondern dem Eigenthümer des fundi die condictio furtiva zu, quoniam fructus non sunt fructuarii, nisi ab eo percipiantur, licet ab alio terra separentur. Nun steht die condictio furtiva nur dem Eigenthümer zu. L. 1. D. de cond. furt. Der Usufructuar kann sich jedoch der actio furti, auch selbst mit Ausschließung des Eigenthumsheeren, bedienen.

Denn

in Absicht auf die Erwerbungsart der natürlichen Früchte ist also nicht so vorthellhaft, als das, welches einem bonae fidei possessor, und dem Emphyteuta zusteht³⁶⁾. Stirbt nun also der Usufructuar vor der Perception, so verbleiben die Früchte dem Eigenthümer, und die Erben haben daran keinen Anspruch. Jedoch müssen ihnen die Saat- und Bestellungskosten vergütet werden³⁷⁾.

Von dieser Regel finden nun aber folgende Ausnahmen Statt.

1) Wenn der Usufructuar durch die Schuld und widerrechtliche Handlung des Proprietars gehindert wurde, die Früchte noch bey seinem Leben einzuernsten³⁸⁾.

2) Wenn

Denn diese kann auch der Nichteigenthümer anstellen. §. 13. I. de obligat. quae ex delicto nascunt. wenn er nur sonst in Ansehung der gestohlenen Sache ein Interesse hat. S. EMMINGHAUS ad COCCEJI ius civ. controuv. Tom. II. Lib. VII. Tit. I. Qu. 9. ROT. O. und WESTPHAL de servitut. praedior. §. 674.

36) Dieser Unterschied ist schon an einem andern Orte mit Anführung der dahin gehörigen Gesetzstellen bemerkt worden. S. des 8. Theils 1. Abth. §. 590. Note 62. S. 260. f. Man vergl. jedoch auch BOEHMERI Diff. de acquisitione fructuum §. 57.

37) L. 46. D. de Usur. sagt: Quod in fructus redigendos impensum est, non ambigitur, ipsos fructus deminuere debere; und L. 1. Cod. de fruct. et litium expens, heißt es: Hoc fructuum nomine continetur, quod iustis sumtibus deductis superest. Add. L. 36. §. 5. D. de heredit. petit. L. 7. pr. D. soluto matrim. VOET in Commentar. ad Pand. Lib. VII. Tit. I. §. 28. in fin.

38) L. 5. §. 4. D. Si usufr. petet. L. 35. et 36. §. ult. D. de Usufr. L. 47. D. eodem. S. BOEHMER cit. Diff. §. 60. in fin.

2) Wenn die natürlichen Früchte solche sind, welche, wie z. B. junge Thiere, nicht durch Menschenhände getrennt zu werden pflegen, sondern blos durch Hülfe der Natur sich absondern. Hier ist die bloße Absonderung zur Erwerbung auch ohne besondere Besitzergreifung hinreichend. *Cajus* sagt *L. 28. pr. D. de usur. et fract.* *Agri, et hoedi et vituli statim pleno iure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii*³⁹⁾.

3) Wenn in einem Lande der Grundsatz des alten deutschen Rechts noch gilt, nach welchem Feld- und Gartenfrüchte sofort für erworben gehalten werden, und daher auch, wenn sie gleich noch nicht abgesondert sind, doch auf die Erben des Nutznießers übergehen, wenn nur noch bey dessen Leben die nöthige Arbeit in Ansehung der Cultur und Bestellung verrichtet ist⁴⁰⁾. Soviel hiernächst

B) die

39) Bey andern Früchten, welche von selbst abgefallen sind, findet dieses nicht statt. Bey diesen ist zur Erwerbung des Eigenthums noch eine Besitzergreifung des Fructuars erforderlich; *L. 13. in fin. D. h. t.* Den Grund dieses Unterschiedes untersucht *GALVANUS de Usufr. Cap. 28. §. 3. pag. 332. sq.*

40) In Sachsen gilt die Regel: Was die Egge bestrichen, und die Hake bedeckt, das folgt dem Erbe. *S. Sachsenspiegel 2. B. Art. 58. und 3. B. Art. 76.* Jedoch gilt dies nur von Industrial-Früchten, nicht von andern natürlichen Früchten. Denn bey den letztern findet auch in Sachsen die Regel des gemeinen Rechts Statt. *S. Gottl. WERNSDORFF Diss. An ex legibus Saxoniciis fructus industriales maxima laboris parte peracta, semper usufructuario cedant? Viteb. 1795. de BERGER Oecon. juris Lib. II. Tit. 3. Th. 24. Not 4. MÜLLER ad Struvium Exercit. XII. Th. 18. not. V. und WERNHER select. Observat. for. Tom. I. P. 5. Opl. 95.*

B) die bürgerlichen Früchte anbetrifft, so ist ein Unterschied zu machen zwischen solchen, die ein Surrogat der natürlichen Früchte sind, und statt derselben erhoben werden, wie z. B. Miethzinsen und Pachtgelder, und solchen, die keine Surrogate sind.

I) In Ansehung der bürgerlichen Früchte der ersten Art ist zu bemerken, daß die Erben des Nutznießers darauf insoweit Anspruch haben, als der Nutzen, dessen Surrogat sie sind, schon beym Leben des Nutznießers gezogen worden ist. Nun lassen sich hier zwei Fälle gedenken. Die bürgerlichen Früchte dieser Art werden entweder

1) aus solchen Sachen bezogen, welche täglich und stündlich Nutzen gewähren. Z. B. die nutznießliche Sache ist ein Wohnhaus, oder Schiff, oder Slave, welche der Usufructuar vermietet hat. Hier ist der Miethzins zwischen dem Proprietar und den Erben des Nutznießers nach dem Verhältniß der Zeit zu vertheilen, da seit der geschehenen Vermietung der nutznießlichen Sache der Nießbrauch noch gedauert hat. Den Miethzins für die bereits verfllossene Zeit hat also der Usufructuar bis dahin, da der Nießbrauch durch seinen Tod geendiget ward, auf seine Erben transmittirt. Von der Zeit des geendigten Nießbrauchs an gehört er hingegen dem Proprietar. Hierher gehört L. 26. D. de usufr. wo Paulus sagt: Si operas suas locaverit servus fructuarius⁴¹⁾, et, imperfecto tempore locationis, ususfructus interierit, quod superest⁴²⁾, ad proprietarium pertinebit. Der Grund hier-
von

41) Man verbinde damit L. 25. §. 2. D. de Usufr.

42) Quod superest ist von den Lohn derjenigen Zeit zu verstehen, die nach Endigung des Nießbrauchs verlaufen ist.

von leuchtet in die Augen. Denn hätte der Usufructuar die Sache nicht vermietet, so hätte er bis an seinen Tod auch den Nutzen und die Bequemlichkeit davon gehabt. Da er nun dadurch in keine schlimmere Lage versetzt werden kann, daß er die Sache an einen Dritten vermietet hat, so muß er auch nach Verhältniß der Zeit, da der Nießbrauch gedauert hat, den Nießzins daraus beziehen ⁴³⁾.

Oder sie werden

2) aus solchen nutznießlichen Gütern bezogen, welche keinen beständigen und ununterbrochenen Nutzen gewähren, sondern nur zu gewissen Zeiten des Jahres Früchte geben. Dahin gehören die Pachtgelder aus Aekern, Wiesen und Weinbergen. Bürgerliche Früchte dieser Art sind ganz auf den Fuß der natürlichen Früchte zu behandeln, deren Surrogat sie sind. Der Usufructuar hat also ein Recht auf die Pachtgelder in soweit erworben, und auf seine Erben transmittirt, als der Pächter noch bey dessen Lebzeiten die natürlichen Früchte percipirt hat, wenn auch der Nießbrauch vor der Verfallzeit des Bestandgeldes sich geendiget gehabt hätte. Hatte also a) der Pächter zur Zeit des Todes des Usufructuars schon alle Früchte eingearndet, so gehört das ganze Pachtgeld den Erben. Hatte hingegen b) der Pächter bey Lebzeiten des Usufructuars noch gar nichts gearndet, so haben auch die Erben keinen Anspruch an den Pachtgeldern, sie sind vielmehr dasselbe, wenn es der Usufructuar etwa schon voraus empfangen haben sollte, dem

43) S. DONELLUS Commentarior. juris civ. Lib. X. cap. 9.

dem Proprietar zu restituiren verbunden⁴⁴⁾. Waren endlich c) die Früchte zur Zeit der Beendigung des Nießbrauchs von dem Pächter zum Theil percipirt, zum Theil noch stehend, so gehört den Erben des Nugnießers das Pachtgeld nur nach dem Verhältniß der von dem Pächter bereits bezogenen Früchte. In Ansehung der noch stehenden Früchte hingegen kommt es darauf an, ob der Proprietar den Pacht fortsetzen, oder, wie ihm freysteht, den Pächter vertreiben will. Im ersten Falle wird ihm das Pachtgeld zu Theil; in dem letztern aber kann er die Früchte, als sein Eigenthum in Anspruch nehmen; weil das Recht des Pächters mit dem Tode des Nugnießers ebenfalls aufhört⁴⁵⁾. Dies alles werden folgende Gesetze stellen bestärken.

L. 58. D. de Ufufr. sagt: Defuncta fructuaria mense Decembri, iam omnibus fructibus, qui in his agris nascuntur, mense Octobri per colonos sublatis: quaesitum est, utrum pensio heredi fructuariae solvi deberet, quamvis fructuaria ante Kalendas Martias⁴⁶⁾, quibus

44) L. 1. §. 2. D. de condict. sine causa. TRENDLENBURG in Diss. cit. de iure fructuum §. 6. pag. 21. und GRIEFINGER im Commentar über das Württemberg. Landrecht 8. B. §. 303. und 304.

45) Man vergleiche hier vorzüglich VINNIU Comm. ad §. 36. l. de rer. div. nr. 3.

46) Die Römer pfl egten ihre Grundstücke gewöhnlich im Monat März zu verpachten, und auch am 1sten dieses Monats wurde der Pachtzins bezahlt. Man nannte daher diesen Monat *Mercedonius*. S. CUJACIUS in Comm. ad L. 98. D. de Verb. Signif. B. BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *Calendae* und de *formulis*

quibus pensiones inferri debeant, decesserit; an dividi debeat inter heredem fructuariæ et Rempubicam, qui proprietas legata est? Respondi, Rempubicam quidem cum colono nullam actionem habere: *fructuariæ vero heredem sua die, secundum ea, quæ proponerentur, integram pensionem percepturum.*

L. 9. §. 1. D. locati. Si fructuarius locaverit fundum in quinquennium, et decesserit, — an ex locato teneatur conductor, ut pro rata temporis, quo fructus est, pensionem præstet, MARCELLUS quaerit? Et magis admittit, teneri eum: et est æquissimum.

Soviel endlich II. die andere Art der bürgerlichen Früchte anbetrifft, die nicht als Surrogate der natürlichen zu betrachten sind, wohn Zinsen von nutznießlichen Capitalen, jährliche Gülten und andere dergleichen Gefälle, Laudemialgelder, so wie auch Einkünfte aus der bey dem nutznießlichen Gute befindlichen Erbgerichtsbarkeit und dergleichen zu rechnen sind, so ist zu unterscheiden. Der Ususfructuar hatte sie entweder von dem letzten Jahre bereits erhoben, oder nicht. Erstere transmittirt er, als erworbenes Eigenthum, auf seine Erben. In Ansehung der letztern hingegen sind die Rechtsgelehrten verschiedener Meinung. Einige ⁴⁷⁾ sprechen sie ganz allein dem Proprietar

zu.

et solemn. pop. Rom. verbis Lib. VI, cap. 70. BRUMMER, Diss. de locatione et conductione Cap. II. §. 6. (in *Opuscul.* a Beyero edit. pag. 393. ERNESTI ad *Suetonium* Excursu XII. und besonders TRENDLENBURG Diss. de iure fructuum. §. 6. Not. *) pag. 22 — 26.

47) TRENDLENBURG cit. Diss. §. 7.

zu. Andere ⁴⁸⁾ hingegen machen einen Unterschied, ob sie zur Zeit des Todes des Usufructuars bereits fällig waren, oder nicht. In dem ersten Falle sollen sie den Erben, in dem andern dem Proprietar gehören. Viele Rechtsgelehrten ⁴⁹⁾ sind ferner der Meinung, daß Zinsen und andere dergleichen jährliche Gefälle und Einkünfte zwischen dem Eigenthümer und den Erben des Nutznießers nach Verhältniß der Zeit getheilt werden müßten, wenn gleich zur Zeit des Todes des Usufructuars die Verfallzeit noch nicht eingetreten gewesen. Den sichersten Weg betreten, wie ich glaube, diejenigen, welche zum Grundsatz annehmen, daß der Usufructuar dergleichen Gefälle und jährliche Zinsen in soweit auf seine Erben transmittire, als er bis auf seinen Tod hin bereits ein Recht darauf erworben hatte; (*quatenus dies eorum iam cessit vivo fructuario*), wenn gleich diese Kata zur Zeit, da der Nutznießer starb, noch nicht gefordert werden konnte, (*licet dies eorum nondum venerit*). Nach diesem Grundsatz hat es also

a) keinen Zweifel, daß die Zinsen von den zu dem nutznießlichen Vermögen gehörigen Kapitalien zwischen dem Proprietar und den Erben des verstorbenen Nutznießers nach

48) Außer HELLFELD auch de BERGER *Oeconom. iuris* Lib. II. Tit. 3. Th. 24. Not. 4. et ad Eundem HAUBOLD not. o. T. I. pag. 356. THIBAUT im System des P. R. 2. B. §. 613. u. a. m.

49) CASTILLO de usufr. Cap. LXXVIII. nr. 7. HARPPRECHT *Dis. de impedimentis usufr. statutar. materni* §. 42. nr. 265. (in *Dissertation. academ.* Vol. II. Disp. 77. p. 1530.) PISTORIS *Quaest. iur.* Lib. I. Qu. 24. n. 57. et 62. MALBLANC *Prin. ip. iur. Rom.* P. II. §. 423. nr. IV. und Griesinger a. a. O. §. 307.

nach Verhältniß der Zeit getheilt werden müssen. Denn der Usufructuar hätte ja das Geld, wenn er es in Händen behalten hätte, täglich benutzen können. *Pecunia enim quotidie suum usum adeoque fructum civilem habet*⁵⁰⁾. Ein Gleiches gilt

b) von jährlichen Gülsen und Real-Renten, die der Usufructuar bey dem nutznießlichen Gute zu beziehen hatte. Diese haben zwar auch einen bestimmten Tag für die Verfallzeit, vor welchem sie nicht eingetrieben werden können. Allein, da die Verbindlichkeit dazu sich nicht auf die Früchte, sondern auf andere Gründe bezieht, und deswegen auch ihre Quantität sich immer gleich bleibt, so war das Recht darauf begründet, auch ehe noch die Verfallzeit eintrat. Es muß folglich der Usufructuar, da die *cessio* diei bey bürgerlichen Früchten eben das wirkt, was bey natürlichen Früchten die *Perception*⁵¹⁾, dergleichen Gülsen und Renten, nach Verhältniß der Zeit, da der Nießbrauch in dem letzten Jahre bestand, auf seine Erben transmittiren⁵²⁾. Dagegen verhält sich die Sache

c) mit

50) Arg. L. 24. D. de Usū et usufr. legato vergl. mit L. 34. D. Usur. C. VOET in Comm. ad. Pand. Tit. de Usufr. §. 30.

51) Quod in fructibus naturalibus operatur *separatio*, idem in civilibus efficit *cessio obligationis* sagt MOLINAEUS in Constitut. Parisiens. Tit. I. §. 1. gl. 8. nr. 35.

52) C. CASTILLO de Usufr. Cap. LXXVIII. nr. 7. „Cum annui census non fructuum contemplatione debeantur, sed pretii, quo ius eosdem exigendi coemptum fuit, ideo fructuario, priusquam dies solutionis adveniat, moriente, pro rata temporis eos dividi convenit.“

c) mit laudemial, Straf, Lehn-, und Confirmationsgebühren ganz anders. Dies sind keine solchen Einkünfte, welche täglich und stündlich vorkommen, sondern nur bey Gelegenheiten. Der Usufructuar erwirbt daher nur dann ein Recht daran, wenn er die Handlung, wofür solche Gebühren bezahlt werden, noch in seinem Leben vorgenommen hat, oder ihn solche, wie dies bey Strafgebühren der Fall ist, rechtlich zuerkannt worden sind⁵³⁾. Es ist der Mühe werth, sich hierüber aus Voet⁵⁴⁾ zu belehren, welcher diesen practischen Punkt überaus gründlich auf folgende Art bestimmt hat: Cum supra, sagt er, traditum fuerit, mulctas, poenas, commoda ex investiturae renovatione, emphyteuseos venditione, ministeriorum, honorum, dignitatum collatione in fructu esse, dicendum videtur; in hisce et similibus non delicti perpetrati; nec accusationis institutae, nec aperti feudi, aut honoris, vel beneficii ministerii que vacantis, vel emphyteuseos divenditae tempus spectandum esse; sed potius condemnationis in poenis mulctisve, renovatae investiturae in feudis apertis, confirmatae venditionis in emphyteusi, realis denique collationis beneficiorum aut ministeriorum vacantium, an scilicet tunc fructuarius in vivis sit, et ususfructus adhuc perduret, ut inde commoda sperata lucretur; prius vero mortuus, vel ususfructu exutus, nullum ipse lucrum inde capiat, aut ad suos transmittat heredes. Omnia namque generis huiusce commoda

53) C. Car. Ferd. Hommels Pertinenz- und Erbsonderungs-Register voc. Lehnwaare, und voc. Strafgeelder.

54) Comment. Tit. de Usufr. §. 31.

commoda non quotidie aut singulis momentis, sed, prout occasio tulerit, obvenientia, quamdiu acquisita, seu percepta non sunt, non inepte fructibus pendentibus assimilaveris, quos post finitum ususfructum neque fructuario cedere, neque ad heredem eius transire, iam ante observatum est.

Aus dem allen erscheint nun zur Genüge, wie irrig die Behauptung des großen Cujaz sey, wenn er die Früchte des letzten Jahres ohne Unterschied zwischen dem Proprietar, und den Erben des verstorbenen Nutznießers getheilt wissen will. Man urtheile nun selbst, ob die von mir nach der gemainen Theorie der Rechtsgelehrten vertheidigte Meinung eine *opinio et iniquissima et falsissima*, wofür sie Cujaz halten will, genannt zu werden verdiene. Die von ihm angeführten Befehle stehen ihr wenigstens nicht entgegen, wie sich bey einer genauern Prüfung derselben sofort ergeben wird.

L. 26. de usufructu, deren Worte oben angeführt wurden, redet blos von den vermietheten Diensten eines zum Nießbrauch gegebenen Sklaven. Da hier der Usufructuar von den Diensten des Sklaven täglich Nutzen ziehen können, wenn er ihn nicht vermiethet hätte, so mußte natürlich hier der Miethzins nach Verhältniß der Zeit vertheilt werden, da der Nießbrauch gedauert hat, Dies läßt sich aber keinesweges in dem Falle anwenden, da der Gegenstand des Nießbrauchs keine solche Sache ist, die täglich Nutzen gewährt. *Quis fructuarius*, wie *Vinnius*⁵⁵⁾ ganz richtig sagt, *nec minus, nec plus per conductorem*

55) Comm. ad §. 36. I. de rer. divis. nr. 3.

ductorem consequi debet, quam si ipse re fructuaria usus esset. Igitur sicut fructuarius, si fundum non locasset, ipse fructus percepisset, suosque omnes fecisset, ita pro fructibus, quos colonus, qui causam percipiendi ab eo habet, integros percipit, integra pensio ei debetur, quam et integram ad heredem transmittit, etsi nondum finito tempore locationis decesserit. Et convenienter si fructuarius decesserit, fructibus per colonum nondum perceptis, heredi eius nihil ex pensione debebitur. Quodsi decesserit parte fructuum percepta, parte nondum collecta, solutio pensionis fieri debet heredibus fructuarii pro rata perceptorum: proprietario pro rata eorum, qui percepti non erant. Ubi vero pensio pro quotidiano rei usu debetur, non potest deberi longius, quam is usus praecesserit, nec longius is usus praecessisse dici, quam steterit ususfructus, et alioqui plus consequeretur fructuarius per inquilinum, quam si ipse re usus esset.

Die L. 5. §. 4. D. Si ususfructus petet. beweist eben so wenig. Si post litem de usufructu contestatam, sagt daselbst Ulpian, fuerit finitus ususfructus, an ulterius fructus desinant deberi? Et puto desinere: nam et si mortuus fuerit fructuarius, heredi eius actionem praeteritorum duntaxat fructuum dandam, POMPONIUS libro XL. scribit. Offenbar ist hier von einem solchen Falle die Rede, wo der Usufructuar an der Perception der Früchte war gehindert worden. Hier muß nach rechtlicher Interpretation angenommen werden, als hätte er die Früchte wirklich percipirt. Kein Wunder also, daß den Erben die Früchte für die Zeit, da ihr Erblasser an dem Genuß derselben rechtswidrig war behindert worden, haben zugesprochen werden müssen. Non enim hoc accidit, sagt Pistoris

Pistoris ⁵⁶⁾ sehr treffend, *tam ex temporis consideratione, quam ex eo, cum per alium stetit, quominus usufructuarius fructus perceperit, quod iura eum fructus percepisse, atque inde ad ipsum pertinere reputant, ut est in L. 36. §. fin. et L. 37. D. de Usufr.* Endlich noch

L. 32. §. penult. D. de Usu et usufr. leg. Auch diese Stelle enthält nichts von einer Vertheilung der Früchte, sondern sagt nur so viel, daß der Usufructuar das Pachtgeld für die verfllossene Zeit, da schon die Früchte von den Pächtern waren eingearndet worden, auf seine Erben transmittire, wie jeder aus den Worten selbst ersehen wird, welche folgendermassen lauten. Heredis instituti fidei commisit, (sc. mater) filio suo annua decem praestare: aut ea praedi aemere et adsignare, ut usumfructum haberet, redditum efficientia annua decem. Filius fundos sibi ab herede secundum matris voluntatem traditos locavit, et quaesitum est, defuncto eo, reliqua colonorum utrumne ad heredem filii fructuarii, an vero ad heredem Sejae testatricis pertineant? Respondit (Scaevola) nihil proponi, cur ad heredem Sejae pertineant. Hier kam noch der Umstand in Betrachtung, daß das Vermächtniß ein legatum annuum war, wovon die Præstacion eines jedes Jahres für ein Ganzes gehalten wird, welches dem Legatar unzertrennt zu Theil werden muß, welches er daher auch ganz auf seine Erben transmittirt, wenn er nur den Anfang des neuen Jahres erlebt hat ⁵⁷⁾.

3 2

§. 638.

56) Clt. loc. Qu. 24. nr. 23.

57) L. 8. D. de annuis legat.

Capitis deminution.

Der Ususfructus geht ferner

II) durch die capitis deminutio maxima und media verlohren⁵⁸⁾. Denn darin besteht der bürgerliche Tod, welcher alle persönliche Rechtsfähigkeit aufhebt. Nach dem altern Rechte machte auch eine capitis deminutio minima dem Nießbrauche ein Ende, z. B. wenn der Ususfructuar durch Arrogation in die väterliche Gewalt gebracht wurde⁵⁹⁾. Allein dies hat Justinian geändert. In der *L. 16. C. de Usufr.* heißt es §. 2. Sed neque per omnem capitis deminutionem huiusmodi detrimentum imminere nostris patimur subjectis (quare enim si filiusfamilias fuerit is, qui usumfructum habet, forte ex castrensi peculio, ubi nec patri ususfructus acquiritur, ei possessum, per emancipationem eum amittat⁶⁰⁾? sed secundum quod definitum est, tunc eum tantummodo desinere, cum usufructuarius, vel res pereat, et tantummodo eum cum anima vel rei substantia expirare: nisi praedictae exceptionis vigor reclamaverit, excepta videlicet tali capitis deminutione, quae vel libertatem, vel civitatem Romanam possit adimere. Tunc etenim ususfructus

58) §. 3. I. de Usufr.

59) PAULUS *Sententiar. Receptar. Lib. III. Tit. 6. §. 29. L. 1. D. h. t. C. Aug. Herm. GMELIN* Diss. de capitis deminutione minima. *Tübingae 1807. §. 25.*

60) C. MERILLIUS in *Exposit. L. Decision. Iustia. Nr. XVIII. §. 2. Ger. NOODT de Usufr. Lib. II. c. 7. und WESTPHAL de Servitut. §. 932. not. §27.*

fructus omnimodo ereptus, ad suam revertatur proprietatem. Und §. 1. *I. de adquisit. per adrogat.* sagt Justinian: Cum paterfamilias sese in adrogationem dat, omnes res eius corporales et incorporales, quaeque ei debita sunt, adrogatori antea quidem pleno iure acquirebantur: exceptis iis, quae per capitis diminutionem pereunt, quales sunt operarum obligationes, et ius agnationis: *usus* etenim et *ususfructus* licet his antea connumerabantur, attamen *capitis diminutione minima* eos tolli prohibuit nostra constitutio.

§. 639.

Untergang und Umgestaltung der Sache.

Nicht minder hört der Ususfructus

III) durch gänzlichen Untergang des Gegenstandes desselben auf⁶¹⁾, so daß die Dienstbarkeit dann nicht einmal mehr an den, als Accessionen der Hauptsache anzusehenden Dingen fortdauert, noch auch durch Restitution des Objects wiederauflebt⁶²⁾. Wenn daher das zur Nutznießung eingeräumte Haus abbrennt, so erlischt der Nießbrauch dergestalt, daß der Ususfructuar nicht einmal den leeren Platz (area) ferner benutzen darf⁶³⁾,

3 3

wenn

61) L. 2. *D. de Usufr.* Est enim ususfructus ius in corpore, quo sublato, et ipsum tolli necesse est. *S. Greg. MAYANSII Disputat. iuris civ. Tom. I. Disp. 2. §. 18—33.*

62) *S. WESTPHAL §. 911. et §. 912.*

63) §. 3. *I. de Usufr.* Eo amplius constat, si aedes incendio consumtae fuerint, vel etiam terrae motu, vel vitio suo corruerint; extingui usumfructum, et ne areae quidem usumfructum deberi.

wenn sich etwa derselbe noch zu einer Bleiche oder zu einem Garten benutzen ließe. Denn der *ususfructus areae* ist ja ein von dem *ususfructus aedium* ganz verschiedener Nießbrauch, und nur letzter, nicht der erste ist *constituitur*. Dieser Nießbrauch⁶⁴⁾ ist nun aber durch den Untergang des Hauses dergestalt erloschen, daß wenn auch das Haus von dem Proprietar nachher wieder aufgebauet wird, den noch der einmal erloschene *Ususfructus* nicht wieder auflebt⁶⁵⁾. Eine theilweise Zerstörung und erfolgte Restitution hebt hingegen den *Ususfructus* nicht auf, wenn auch dergleichen Reparatur öfters geschehen wäre, so daß dadurch nach und nach das ganze Haus neu hergestellt worden ist⁶⁶⁾. Ist mir der Nießbrauch von einem *fundus* ver-

macht,

deberi. — *L. 5. §. 2. D. h. t.* Certissimum est, exustis aedibus, nec areae nec cementorum usumfructum deberi. — *L. 20. §. 2. D. de Servit. praed. urban.* Sublato aedificio, ususfructus interit, *quamvis area pars est aedificii.*

64) *G. Ger. NOODT de Usufr. Lib. II. c. II. Arn. VINNIUS in Comm. ad §. 3. I. de Usufr. nr. 6. und Jos. AVERANUS in Interpretation. iuris L. V. cap. 24.*

65) *L. 10. §. 1. D. h. t.*

66) *L. 10. §. 7. D. h. t.* In navis quoque usufructu *SABINUS* scribit, siquidem per partes resecta sit, usumfructum non interire: si autem dissoluta sit, licet iisdem tabulis, nulla praeterea adjecta, restaurata sit, usumfructum extinctum. Quam sententiam puto veriore. Nam et si domus fuerit restituta, usufructus extinguitur. Von einer theilweisen Restitution des Hauses sagt noch *L. 10. §. 1. eod.* Plane si per partes reficiat, (proprietarius) licet omnis nova facta sit, aliud erit nobis dicendum, sc. usufructus non extinguitur. Man sehe auch noch *L. 83. §. 5. de Verbor. obligat.*

macht, zu welchem ein Gebäude gehört, so erlischt jener nicht, wenn auch dieses abbrennt⁶⁷⁾. Dies hat vollends in dem Falle keinen Zweifel, wenn mir der Nießbrauch von dem ganzen Vermögen des Verstorbenen vermacht worden ist. Hier bleibt mir noch immer der Gebrauch von der area übrig, weil diese doch immer als ein Theil des mir überhaupt zur Nutznießung hinterlassenen Vermögens anzusehen ist⁶⁸⁾. Ist mir hingegen der Nießbrauch von einem Stück Vieh vermacht, und dieses fällt, so darf ich mir auch nicht einmal den Gebrauch der Haut anmassen⁶⁹⁾.

Dem Untergange der Sache wird eine gänzliche Umgestaltung des Gegenstandes gleichgesetzt, wodurch nämlich die Sache aufhört, das zu seyn, was sie vorher war, jetzt in eine ganz andere Art von Sachen übergeht, und einen ganz andern Namen bekommt⁷⁰⁾. Dahin ge-

3 4

hört

67) L. 8. D. b. t. Fundi usufructu legato, si villa diruta sit, usufructus non extinguetur (quia villa fundi accessio est).

68) L. 34. §. 2. D. de Usufr. Universorum bonorum, an singularum rerum, usufructus legetur, hactenus interesse puto, quod si aedes incensae fuerint, usufructus specialiter aedium legatus peti non potest. Bonorum autem usufructu legato, areae usufructus peti poterit: quoniam qui bonorum suorum usufructum legat, non solum eorum, quae in specie sunt, sed et substantiae omnis usufructum legare videtur; in substantia autem bonorum etiam area est.

69) L. 30. D. b. t. WESTPHAL §. 918.

70) In den Gesetzen wird daher auch oft der gänzliche Untergang der Sache *Rei mutatio* genennet. S. L. 5. §. 2. D. b. t. PAULUS *Sentent. Recept.* Lib. III. Tit. 6. §. 31. überhaupt ist hier zu vergleichen Ger. NOODT de Usufr. Lib. II. cap. 11.

hört 3. B. wenn ein zur Inaunichung gegebener See austrocknet, und in ein Feld verwandelt wird⁷¹⁾; oder wenn ein Wald, monon der Nießbrauch vermacht worden, umgehauen, und die Pläne zu einem Acker gemacht wird⁷²⁾. Ferner wenn der Nießbrauch von einer Heerde Vieh vermacht ist, und diese sich dergestalt vermindert, daß nicht mehr zehen Stücke übrig sind, mithin der Name einer Heerde nun nicht mehr paßt.⁷³⁾ In allen diesen Fällen endiget sich der Ususfructus durch Verwandlung der Sache eben so, als wenn von einer Quadriga ein Pferd fällt, und der Nießbrauch nicht von vier einzelnen Pferden, sondern ausdrücklich von einem Gespann von vieren vermacht worden ist⁷⁴⁾. Es müßte denn etwa ein viertes schon
wieder

71) L. 10. §. 3. D. h. t.

72) L. 10. §. 4. D. eod.

73) L. ult. D. h. t. verglichen mit L. ult. D. de abigeis. Bey dem legato gregis ist es anders. L. 22. D. de legat. I. §. 18. I. de legat. Den Unterschied giebt MOODT c. l. pag. 467. sehr gründlich an, wenn er sagt: Si legetur ususfructus rei, non datur ususfructus rei, qualis qualis sit, contra datur ususfructus rei, quae in specie est. L. 34. §. 2. D. de Usufr. Igitur si mutetur species, finitur ususfructus totius rei et partium eius, scilicet quia ipsa res est alia, quam fuit, et partes eius sunt partes rei alterius, quam cuius datus est ususfructus — Proprietas contra si legetur, non vult testator eam, qualis in specie est, sed qualis qualis sit, legatarii fieri.

74) L. 10. §. 8. D. h. t. Quadrigae usufructu legato, si unus ex equis decesserit, an extinguatur usufructus, quaeritur? Ego puto multum interesse, equorum, an quadrigae usufructus sit legatus: nam si equorum, supererit in residuis; si quadrigae, non remanebit, quoniam quadriga esse desit. Es
erhellert

wieder substituiert seyn, ehe noch der Legatar ein Recht auf das Vermächtniß erwarb⁷⁵⁾. Wird der nuznießliche Acker überschwemmt, so schadet zwar eine solche Inundation dem Recht des Usufructuars nicht, wenn das Wasser wieder in seine Ufer zurücktritt. Dauert hingegen die Uberschwemmung fort, und der Acker wird dadurch in einen See verwandelt, so geht der Nießbrauch verloren⁷⁶⁾. Bleibt, der Veränderung ungeachtet, doch die Species, z. B. es wird ein Feldgarten in einen Wein- oder Obstgarten verwandelt, so bleibt auch der Ususfructus fortdauernd⁷⁷⁾. Es ist merk-

erhellet sowohl aus dieser, als mehreren andern Stellen, daß *Quadriga* bloß ein nomen numeri ist, und ein Gespann von vier Pferden anzeigt, mit oder auch ohne Wagen. *L. 58. D. pro socio L. 34. §. ult. et L. 38. §. ult. D. de aedilit. edicto.* C. WOODT c. 1. T. I. p. 467.

75) *L. 11. D. b. t. Nisi alius ante diem legati cedentem substitutus sit.*

76) *L. 10. §. 2. L. 23. D. b. t.* Auch wenn der Fluß sein Bett verläßt, und der nuznießliche Acker zum *alveus* wird, so geht dadurch der Nießbrauch verloren, und zwar auf immer, denn er lebt nicht wieder auf, wenn auch nach einiger Zeit der Fluß in sein altes Bett zurücktritt. *L. 24. pr. D. b. t. — alveo mutato — amitti usumfructum existimo: cum is locus alvei publicus esse coeperit: neque in pristinum statum restitui posse.* C. WESTPHAL §. 920. not. a.

77) *L. 10. §. 4. D. b. t.* Non tamen, si *arvi* ususfructus legatur, et ibi vineae sint positaе, vel contra puto extingui. Denn der Ausdruck *arvura* bezeichnet nicht bloß einen *ager sationalis*, sondern auch einen *ager constitus et florens*, er begreift also auch Gärten und Weinberge unter sich. C. ISIDORUS *Origin.* Lib. XV. cap. 13. Auch Weinberge wurden gepflügt und umgeackert. VARRO *de re rustica* Lib. I. cap. 8.

merkwürdig, daß, wenn der Gegenstand nicht sowohl umgeformt, als durch eine den Zugang zu demselben unmöglich machende Unternehmung bloß verhüllet ward, der Nießbrauch wieder auflebt, wenn der Gegenstand desselben durch Enthüllung restituirt wird, sofern diese nur noch erfolgt, ehe die Zeit verstrichen ist, wo der Nießbrauch durch Verjährung erlischt⁷⁸⁾. Eine allgemeine Regel, daß der durch Umgestaltung erloschene Nießbrauch wieder auflebe, wenn die nuzniessliche Sache ihre vorige Gestalt wieder erhält, läßt

78) L. 71. D. de Usufr. Si in area, cuius ususfructus alienus esset, quis aedificasset, intra tempus, quo ususfructus perit, superficie sublata, restitui usumfructum, veteres responderunt. S. Guil. FORNERIUS Selectionum Lib. II. cap. 16. in EVOTTONIS Thes. iuris Rom. Tom. II. pag. 65. In mehreren Ausgaben der Pandecten, z. E. in der des Laurellius, Baudoza, Godefroi, und Gebauer, fehlt das Unterscheidungszeichen nach dem Wort *aedificasset*; allein der richtige Sinn dieser Stelle macht eine Interpunction durchaus nothwendig, wie schon NOODT de Usufr. Lib. II. c. II. §. Caeterum bemerkt hat. Einen wichtigen Beweis hiervon geben uns hier wieder die Basiliken Lib. XVI. Tit. 1. wo nach der Fabrotischen Ausgabe T. II. pag. 262. die Worte der L. 71. so lauten: Εὰν ἐν τῷ μισθαύλῳ, καὶ ὅν χρεῖσιν ἔχω, ἄλλος ἐποικοδομήσῃ, καὶ καταλυθῇ τὸν ἔργον εἰσω τῷ χρόνῳ τῆς ἀχρησίας, ἀποκαθίσταται μοι ἡ χρεῖσις. i. e. Si in area, in qua usumfructum habeo, alius aedificaverit, et aedificium dissolutum sit intra tempus, quo ususfructus non utendo perit, ususfructus mihi restituitur. War die Zeit, da der ususfructus durch Nichtgebrauch erlischt, schon verflossen, so lebt der Nießbrauch, sublato licet aedificio, nicht wieder auf, sondern er muß von neuem erworben werden. L. 7. D. h. i.

läßt sich also nicht aufstellen ⁷⁹⁾). Hat übrigens der Proprietar selbst eine den Nießbrauch aufhebende Umgestaltung der Sache zum Nachtheil des Usufructuars unternommen, so haftet er mit der *actio ex testamento*, oder *de dolo* für das Interesse ⁸⁰⁾).

§. 639. b.

Consolidation.

Der Nießbrauch endiget sich ferner 4) durch Consolidation, wenn der Usufructuar das Eigenthum der
nuß,

79) *L. 36. pr. D. de Usufr.* verglichen mit *L. 10. §. 5. D. b. t.*

In der letzten Stelle sagt Ulpian: *Si massae ususfructus legetur, et ex ea vasa sint facta, vel contra: CASSIUS scribit, interire usumfructum. Quam sententiam puto veram.* Hiervon giebt African *L. 36.* den Grund an: *Licet enim pristina qualitas scyphorum restituta sit, non tamen illos esse, quorum ususfructus legatus sit. C. Ios. AVERANIVS Interpretat. iuris L. V. c. 28. nr. 4. et 5.*

80) *L. 5. §. 3. D. b. t.* *Si areae sit ususfructus legatus, et in ea aedificium sit positum, rem mutari, et usumfructum extinguí constat. Plane si proprietarius hoc fecit, ex testamento, vel de dolo tenebitur.* Die *actio ex testamento* findet nämlich Statt, wenn der Proprietar oder der Erbe noch vor der Uebergabe den Bau unternommen hatte. Die *actio de dolo* hingegen, wenn es nach der Uebergabe der area geschähe. Denn durch die Prästation des Vermächnisses erlischt die *actio ex testamento*. C. POTHIER Pandect. Iustinian. h. t. Nr. XXIX. not. c. Tom. I. pag. 243 Allein es hat auch in diesem letztern Falle, weil der Nießbrauch durch diese Aenderung des Gegenstandes einmal erloschen ist, die *actio confessoria* nicht statt. Daher kann nur die *actio doli* angestellt werden, wie aus Julian PAULUS *L. 9. D. Si servit. vindicet.* bemerkt. Man s. auch NOODT c. 1. p. 467. in. fin.

nuknießlichen Sache erwirbt, oder dieser dem Proprietar den Nießbrauch cedirt, und hierdurch Nießbrauch und Proprietät in einer Person zusammen kommen. Item finitur usufructus, sagt Justinian §. 3. *I. de Usufr. si domino proprietatis ab usufructuario cedatur: vel ex contrario, si usufructuarius proprietatem rei adquisierit; quae res consolidatio appellatur.* Theophilus in seiner griechischen Paraphrase über diese Stelle macht dabey die ganz richtige Bemerkung: *Consolidatio, graece συνέσις* ⁸¹⁾, est, quando usufructus cum proprietate in unum conveniunt. Venulejus nennt dieses Zusammentreffen des Nießbrauchs mit der Proprietät in einer Person *confusio*. Er sagt nämlich *L. 4. D. Usufr. quem adm. caveat: Si fructuarius proprietatem adsecutus fuerit, desinit usufructus ad eum pertinere, propter confusionem.* Hieraus erklärt sich auch, wenn Paulus sagt *L. 27. D. h. t. Si servus, in quo usufructus alienus*

- 81) Ob diese griechische Benennung vom Theophilus oder von einem Glossator desselben herrührt, ist ungewiß. S. Guil. Ott. REITZII Glossar. Theophilin. h. v. Tom. II. p. 1295. In einigen Exemplaren der Paraphrase steht das Wort nicht, sondern *Κονσολιδάτιον*. Die griechischen Scholiasten haben es auch nicht gebraucht, sondern sagen *σύνχυσις*. S. Scholia Basilicor. ad h. Tit. Tom. II. pag. 281. lit. d. Die Vet. Glossae verbor. iuris, die Car. LABBAEUS edirt hat, und welche sich mit Ant. SCHULTINGII notis in Ev. OTTONIS Thes. Iuris Rom. Tom. III. befinden, haben pag. 1756. *Κονσολιδάτιον. σύνσινος*. Allein diese Lesart ist unstreitig fehlerhaft. SCHULTING meint, es müsse *Κονσολδάτιον* heißen. Allein richtiger scheint mir Io. STRAUCH ad L. Decisiones Iustiniani Exerc. V. Cap. 6. nr. 21. *Κονσολιδάτιον* zu lesen.

nus est, noxae dedatur a domino proprietatis usufructuario; liberabitur.⁸²⁾, *confusa servitute*, proprietatis comparatione. Nach diesen Stellen ist es nun wohl keinem Zweifel unterworfen, daß Joh. Strauch⁸³⁾ Unrecht hat, wenn er sagt: Ususfructus tunc *consolidari* dicitur, si ad proprietarium, non si proprietas ad usufructuarium perveniat, wenn ihm gleich Johann Schilzer⁸⁴⁾ beistimmt.

Verliert der Usufructuar nachher die mit dem Nießbrauche vereinigte Proprietät wieder, sie wird ihm z. B. evincirt, so entsteht die Frage, ob dadurch der erloschene Nießbrauch wieder auslebe? Die Gesetze unterscheiden hier zwei Fälle.

1) Wenn das Testament, worin dem Usufructuar die Proprietät war vermacht worden, von einem darin ausgeschlossenen Notherven als lieblos angefochten und rescindirt worden ist. Von diesem Falle handeln folgende Stellen.

1) L. 57. pr. D. de Usufr. Dominus fructuario praedium, quod ei per usumfructum serviebat, legavit, idque praedium, aliquamdiu possessum, legatarius resti-

82) Die noxae deditio überträgt das Eigenthum auf den Usufructuar. L. 18. L. 20. D. de noxal. act. §. 3. I. eodem. Hierdurch wird nun auch der Usufructuar von allen Verbindlichkeiten gegen den Proprietar frey, wofür er die cautio usufructuaria geleistet hatte. So ist das *liberabitur* hier zu erklären, wie Em. MERILLIUS Differentiar. iuris Cap. 4. gezeigt hat.

83) Ad L. Decisio. Justiniani Exercit. V. Cap. 6. nr. 16.

84) Praxi iur. Rom. Exercit. XVII. §. 60.

restituere filio, qui causam inofficiosi testamenti recte pertulerat, coactus est: *mansisse fructus ius integrum, ex post facto apparuit.*

2) L. 35. D. de bonis libertor. A liberto suo herede Seius usumfructum fundi Maevio legavit: is libertus Maevio herede relicto decessit. Quaero, cum contra tabulas testamenti petierit filius Seii adversus Maevium: utrum deducto usufructu pars debita ei fundi restituenda sit, an solida; quia eorum bonorum acceperit possessionem, quae liberti, cum moreretur, fuerunt? Respondit, *usumfructum in causam pristinam restituendum puto.* Optimum itaque erit, arbitrum postulare, ut arbitrio eius usufructus in integrum restituatur.

Nach beyden Gesetzstellen soll also der Usufructuar das Nutzungsrecht wieder erhalten, wenn ihm die Proprietät, mit welcher der Ususfructus war consolidirt worden, durch die Inofficiositäts-Querel, oder die Bonorum possessio contra tabulas evincirt worden ist. Denn der Nocherbe erhält, rescisso testamento, die Güter des Verstorbenen in dem Zustande, wie sie zur Zeit des Todes des Erblassers beschaffen waren, und also cum onere usufructus. Es tritt hier die Intestaterbfolge ein, als wenn kein Testament vorhanden wäre. Folglich ist die Consolidation für nicht geschehen zu halten ⁸⁵⁾.

II) Wenn die Proprietät einem Dritten unter einer Bedingung vermacht worden ist, und der Usufructuar während

85) G. HUBERI Praelect. ad Pandect. h. t. §. 2. und WESTPHAL §. 928. not. 823.

während der Pendenz derselben die Sache von dem Erben gekauft hat, nachher aber die Bedingung des Vermächtnisses existirt. Von diesem Falle redet *L. 17. D. h. t.* wo Julian sagt: *Si tibi fundi ususfructus pure, proprietates autem sub conditione Titio legata fuerit, pendente conditione dominium proprietatis adquisieris, deinde conditio extiterit: pleno iure fundum Titius habebit. Neque interest, quod, detracto usufructu, proprietates legata sit: dum enim proprietatem adquisiris, ius omne legati ususfructus amisisti.* Nach diesem Gesetz ist also das Nutzungsrecht durch die geschehene Consolidation dergestalt erloschen, daß nun nach eingetretener Bedingung das volle Eigenthum der Sache an den übergeht, welchem die Proprietät legirt worden ist. Ulrich Zuber ⁸⁶⁾ will zwar diese Gesetzstelle blos von dem Falle verstehen, da der Usufructuar bey dem Kaufe der Proprietät wußte, daß sie einem Dritten bedingt vermacht sey. Denn hier habe er den Erfolg vorausgesehen, und könne ihn Niemandem, als seiner eignen Handlung, zuschreiben. Hätte er hingegen jenen Umstand nicht gewußt, so müsse ihm der Nießbrauch, nach eingetretener Bedingung, aus richterlicher Billigkeit restituirt werden. Zuber glaubt diese Einschränkung durch die *L. 16. und 17. D. de contrab. emt.* vollkommen zu rechtfertigen. Auch Westphal ⁸⁷⁾ glebt ihm hierin Recht. Voet ⁸⁸⁾ meint sogar, daß von diesem Gesetz heut zu Tage gar kein Gebrauch mehr zu machen

86) *Eunomia Rom. Lib. VII. ad h. L. 17. pag. 344.*

87) *De servitut. praedior. §. 924. not. 818. pag. 647.*

88) *Comm. ad Pand. h. t. §. 2.*

machen sey, da Julian blos nach dem strengen Recht gesprochen habe; nach der Billigkeit hingegen der Nießbrauch, bey eingetretener Bedingung der legitirten Proprietät, eben so aufleben müsse, als wenn der Usufructuar die Proprietät gar nicht erworben gehabt hätte. Allein wie irrig alle diese Meinungen sind, hat durch eine richtigere Interpretation dieser Stelle Joh. Contr. Rucker ⁸⁹⁾ und in Absicht auf die heutige Anwendbarkeit Joh. Schilter ⁹⁰⁾ hinlänglich gezeigt. Es ist zwar freylich nicht zu läugnen, daß wenn der Usufructuar die Proprietät in gutem Glauben an sich kaufte, derselbe einen unbilligen Verlust an seinem Rechte erleide. Allein würde es denn nicht eben so unbillig seyn, den Ersatz dieses Schadens von dem Titius zu verlangen, dem schlechterdings keine Schuld dabey zur Last fällt, und welcher nun vielmehr selbst, nach dem Willen des Testirers, das volle Eigenthum mit Recht erhält? Daß ihm gleichwohl die Proprietät ohne den Nießbrauch vermacht worden ist, thut nichts zur Sache. Der Testirer wollte doch, daß Titius, wenn die Bedingung des Vermächtnisses existirt, das volle Eigenthum des legitirten Grundstücks haben solle, sobald der Nießbrauch in der Person des Usufructuars zu existiren aufgehört hätte. Nun ist dieser Fall jetzt eingetreten. Wie kann man also wohl mit Grund behaupten, Julian habe gegen die Regeln der Billigkeit angestoßen, daß er dem Titius in dem gegebenen Falle das volle Eigenthum zuspricht? Allein, wird man sagen, es bleibt doch ein für allemal eine auffallende Unbilligkeit, daß der unschuldige Usufructuar den Schaden

leiden

89) Observation. Cap. IV. §. 5. pag. 137. sqq.

90) Prax. iuris Rom. Exercit. XVII. §. 60.

leiden soll. Immerhin! dies konnte den Julian nicht kümmern, der hier bloß über das Recht des Titius entschied. Die Entschädigung des Usufructuars gehörte so wenig zur Entscheidung der vorliegenden Frage, daß Julian nicht einmal einen Unterschied macht, ob der Usufructuar darum gewußt habe, daß die Proprietät einem Dritten legirt worden sey, oder nicht. Eine Distinction, die doch Julian ohnmöglich hätte übersehen können, wenn die Sache des Fructuars mit zur Sprache gekommen wäre. Man sieht hieraus, wie höchst unwahrscheinlich Zuhers Hypothese sey, wenn er die Entscheidung Julians blos auf den Fall einschränken will, da der Fructuar die Proprietät, wohlwissend, daß sie einem Dritten unter einer Bedingung legirt worden sey, von dem Erben kaufte. Die Worte Julians sind ganz generell gefaßt, und enthalten nichts, was uns zu dieser Einschränkung verleiten könnte ⁹¹). Auch nicht die Billigkeit erlaubt es, dem Titius den mit der Proprietät consolidirten Nießbrauch zu entziehen, und solchen dem vorigen Usufructuar zu restituiren. Dieser muß zwar freylich entschädiget werden, aber ohne

91) Auch in den Basiliken Lib. XVI. Tit. 4. Tom. II. pag. 278.

lauten die Worte der L. 17. ganz allgemein so: *Εὰν χεῖρισ καρπῶν ληγῶται μοι χωρὶς αἰρέσεως, καὶ σοὶ ἡ δεσποτεία ὑπὸ αἰρέσει ἂν οὐ τῆς χεῖρεως τῶν καρπῶν, καὶ τῆς αἰρέσεως ἡγετημένης κτήσωμαι τὴν δεσποτείαν: ἐξῆνδης τῆς αἰρέσεως πληρὴ τὸν ἀγρὸν λαμβάνεις. ἐσβέσθη μοι γὰρ ἡ χεῖρις τῶν καρπῶν. i. e. Si ususfructus pure mihi legatus sit, et tibi proprietas sub conditione, et pendente conditione proprietatem adquisiero: existente conditione plenum fundum capies; ususfructus enim in persona mea extinctus est.*

Glücks Erläut. d. Pand. 9. Th.

A a

ohne Kränkung der Rechte eines Dritten. Er mag sich also an seinen Auctor halten, von dem er hintergangen worden ist, und gegen diesen *ex emto* auf Leistung des Interesses klagen. Ein Mehreres enthalten auch die L. 16 et 17. *D. de contrab. emt.* nicht, auf welche Zuber sich beruft.

§. 640.

Zeit und Bedingung.

Ist der Nießbrauch nur bis auf eine gewisse Zeit, oder wenn eine gewisse Bedingung existirt, gegeben worden; so hört er V) auf, wenn die Zeit verfloßen, oder die Bedingung eingetretten ist, und zwar hier *ipso iure*, nicht, wie bey Prädial-Servitutten, *ope exceptionis* ⁹²⁾. Z. B. mit ist der Nießbrauch unter einer Bedingung vermacht. Hier kann der Erbe, bis die Bedingung existirt, den Nießbrauch einem andern einräumen. Allein dieser *usufructus* endiget sich *ipso iure*, sobald die Bedingung zur Wirklichkeit kommt ⁹³⁾. Stirbt der *usufructuar* vor Ablauf der bestimmten Zeit, so endiget sich zwar auch der Nießbrauch; ist jedoch die nuznießliche Sache einem Dritten vermacht, so braucht der Proprietar demselben die Sache nicht eher zu übergeben, als bis die Zeit verfloßen ist ⁹⁴⁾. Ist der Nießbrauch auf eine bestimmte Zeit vermacht, so darf der Erbe nicht durch seinen Verzug verursachen, daß der *usufructuar* den Nutzen von einem

92) *S. Ger. NOODT de Usufr. L. II. cap. 5. und dieses Theils 1. Abth. §. 623. Nr. 3. S. 33.*

93) *L. 16. D. b. t.*

94) *L. 35. D. de Usu et Usufr. legat. S. WESTPHAL §. 909.*

einem Theile der bestimmten Zeit verliere⁹⁵⁾). Zwar sind deswegen keine Verlängerung der Nutznießungszeit statt, allein der Usufructuar kann wenigstens den Werth des entzogenen Genusses fordern⁹⁶⁾). Singulair ist es, daß nach einer gewissen Verordnung des Krs. Justinian⁹⁷⁾ der Nießbrauch, welcher Jemandem bis dahin, da ein Dritter ein gewisses Alter erreicht haben wird⁹⁷⁾, vermachet ist, immer bis auf die von dem Testator bestimmten Jahre fortdauern soll, wenn auch der Dritte stirbt, ehe er noch dieses Alter erreicht hat. Wenn ferner der Usufructus bis dahin, da eine gewisse Bedingung in der Person eines Dritten eintreten wird, z. B. ein Rasender seinen Verstand wieder erhalten, oder die Caja heyrathen, oder Titius einen Sohn zeugen wird, gegeben ist, und der Dritte stirbt, ohne daß die Bedingung erfüllet ward; so behält der Usufructuar den Nießbrauch, so lange er lebt. Die merkwürdige Decision, wodurch Justinian beide Fälle, die nach dem ältern Recht zweifelhaft waren, entschieden hat, lautet folgendermaßen.

A a 2

L. 12.

95) L. 37. D. de usufr.

96) L. 6. D. de usu et usufr. legato. Si ususfructus mihi in biennium continuum a morte testatoris legatus sit, et per heredem steterit, quominus eum mihi daret: praeterito biennio, nihilominus tenetur, quemadmodum tenetur, si res legata in rerum natura defuisset, quam quis deberet, moratusque esset in exdanda: ut peti quidem iam ususfructus, qui legatus sit, non possit: quia alius futurus sit, quam qui legatus fuerit, sed aestimatio eius blma duntaxat facienda sit.

97) J. C. Ich vermache dem A den Nießbrauch eines Grundstücks bis dahin, da sein Sohn die Mündigkeit erreicht haben wird.

L. 1. C. de Usufr.

98) L. 12. Cod. de Usufr.

L. 12. C. de Usufr. Ambiguitatem antiqui iuris decidentes, sancimus, siue quis uxori suae, siue alii cuicunque usumfructum reliquerit, sub certo tempore, in quod vel filius eius, vel quisque alius pervenerit⁹⁹⁾; stare usumfructum in annos singulos, in quos testator statuit: siue persona, de cuius aetate compositum est, ad eam pervenerit, siue non. Neque enim ad vitam hominis respexit, sed ad certa curricula: nisi ipse, cui ususfructus legatus sit, ab hac luce fuerit subtractus: tunc etenim ad posteritatem eius usumfructum transmitti, non est penitus possibile; cum morte usumfructum penitus extinguere, iuris indubitati sit. Sin autem talis fuerit inserta conditio: donec in furore filius, vel alius quisquam remanserit: vel in aliis similibus casibus, quorum eventus incerto sit¹⁰⁰⁾; si quidem reliquerit filius, vel alius, pro quo hoc dictum est, vel conditio extiterit, usumfructum finire. Sin autem adhuc is in furore constitutus decesserit: tunc quasi in usufructuarii vitam eo relicto, manere usumfructum apud eum. Cum enim possibile erat ad omne vitae

99) In den Basilicis Lib. XVI. Tit. 8. Const. 35. heißt es deutscher so: ἕως ὅτε γένῃται ὁ υἱὸς αὐτοῦ ἡλικίᾳ ἐνιαυτῶν.
i. e. donec filius eius ad annum viceimum pervenerit.

100) In den Basiliken c. 1. Tom. II. pag. 298. wird das Beispiel angeführt: ἢ ἕως ὅτε τυχὸν ὁ Πέτρος παιδοπαρή.
i. e. vel Petrus liberis sustulerit. Man sieht hieraus, daß die Verordnung des Kcs. Justinian nicht, wie einige thun, bloß auf den Fall, da ein Dritter rasend sey, eingeschränkt werden dürfe, als ob bloß für diesen Fall etwas Singulaircs wäre verordnet worden. C. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 622. a. C.

vitae tempus usufructuarii non ad suam mentem venire furentem, vel conditionem impleri, humanissimum est, *ad vitam eorum*¹⁾ *usumfructum extendi*. Quemadmodum etenim²⁾, si decesserit usufructuarius ante impletam conditionem, vel furorẽ finitum, extinguitur ususfructus, ita humanum est, *extendi eum in usufructuarii vitam*, et si antea decesserit furiosus, vel alia conditio defecerit.

Ueber die hier entschiedenen Controversen finden wir kaum noch Spuren in den Fragmenten der Pandecten³⁾. Der Hauptzweifel in jenem ersten Falle mochte wohl der seyn, daß in dem Vermächtniß, wodurch die Dauer des Nießbrauchs von dem bestimmten Alter eines Dritten war abhängig gemacht worden, die stillschweigende Bedingung zu liegen schien, wenn nämlich der Dritte dieses Alter erreichen wird⁴⁾. Denn eine ungewisse Zeit wird

A a 3 in

1) Franc. RAGUELLUS in Commentar. ad constitut. et decision. Iustiniani. h. L. 12. C. de Usufr. pag. 176. will statt *eorum* lieber *eius* lesen, weil es auf den Usufructuar gehe. Allein Em. MERILLIUS in Expositionib. in L. Decision. Iustiniani Nr. IV. ad h. L. 12. C. (Operum Neapoli 1720. 4. editor. pag. 11.) vertheidigt die gemeine Lesart, und erklärt daß *eorum* so: *hoc est Titii, cui ususfructus legatus fuerit, donec filius in furore perseveraret; vel alterius, cui sub alia conditione ususfructus legatus fuerit, puta, donec Seja nuberet.*

2) Für Quemadmodum etenim will Ger. NOODT de Usufructu Lib. II. cap. 5. Oper. T. I. pag. 455. Quemadmodum etiam lesen, weil Justinian einen doppelten Entscheidungsgrund anführt.

3) Man vergleiche hier vorzüglich Io. STRAUCH ad L. Decisiones Iustiniani Exercit. V. Cap. 1 — 4.

4) L. 49. §. 2. et 3. D. de legat. I.

in Testamenten wie eine Bedingung angesehen ⁵⁾. Nun ist es ungewiß, ob der Dritte dieses Alter erreichen wird. ⁶⁾. Daher lehrt Julian ⁷⁾, daß die Bedingung eines Vermächtnisses, dessen Prästation auf den Fall gestellt worden, da ein Dritter ein gewisses Alter erreicht haben wird, für defect zu halten sey, wenn dieser vorher verstirbt. Welcher mochte mancher Römische Jurist auch glauben, der Ususfructus erlösche, dessen Dauer nach dem Alter einer dritten Person bestimmt worden ist, wenn der Dritte vor diesem Alter stirbt. In dem andern Falle hingegen war es zwar außer Zweifel, daß wenn in der Person des Dritten die Bedingung existirt, von deren Erfolg die Dauer des vermachten Nießbrauchs ist abhängig gemacht worden, der Ususfructus aufhöre. Allein sehr zweifelhaft war es, ob der Nießbrauch auch dann erlösche, wenn der Dritte in der Raserey, oder die Casa unverheyrathet, oder Titius ohne Kinder verstirbt. Man sollte glauben, die Bedingung sey hier für erfüllt zu halten, und daher der Nießbrauch geendiget. Denn wie läßt sich von einem Verstorbenen noch sagen, er rase? Gleichwohl behauptete Scävola ⁸⁾, der Nießbrauch dauere fort, nicht anders, als ob er dem Usufructuar auf seine ganze Lebenszeit wäre hinterlassen worden, wenn nicht ganz deutlich bewiesen werden kann, daß der Testator ein anderes gewollt habe. Allen diesen Zweifeln begegnet nun Justinian in seiner

Decis

5) L. 30. §. 4. D. de legat. I. L. 75. D. de condit. et demonstrat.

6) L. 22. D. Quando dies legator. L. 40. §. 2. D. de condit. et demonstrat.

7) L. 16. D. de manumiss. testam.

8) L. 32. §. 6. D. de usu et usufr. legat.

Decision, und setzt in jenem ersten Falle fest, daß der Nießbrauch, welcher Jemandem bis auf ein gewisses Alter eines Dritten vermacht worden ist, unbedingt auf so viel Jahre sich erstrecken solle, als zur Erfüllung dieses Alters erfordert werden; welches denn die Folge hat, daß nicht nur der Nießbrauch bis auf die Zeit, die der Testirer bestimmt hat, fort dauert, wenn gleich der Dritte vor der Erfüllung dieses Alters stirbt; sondern da hier auch der Nießbrauch für einen solchen zu halten ist, der in annos singulos vermacht worden; so ist rechtlich anzunehmen, daß er auch solange auf den Fall für stillschweigend wiederholt, und von neuem vermacht zu halten sey, da in der Person des Usufructuars ein rechtlicher Grund, wodurch der Nießbrauch geendiget wird, eintreten sollte, bis die bestimmte Zeit verfloßen ist. Nur durch den Tod desselben soll sich der Nießbrauch vor der Zeit endigen, weil der Ususfructus seiner Natur nach nicht auf die Erben übergeht. Der Hauptentscheidungsgrund des Gesetzgebers ist nun der, weil in dem Falle, da die Dauer des Nießbrauchs bis auf ein gewisses Alter eines Dritten bestimmt worden, anzunehmen sey, der Testirer habe nach seiner Absicht nicht sowohl auf die ungewisse Lebensdauer des Dritten, als vielmehr auf eine darnach bestimmte Reihe von Jahren Rücksicht genommen. In dem zweiten Falle hingegen entscheidet Justinian nach der Meinung des Scävola, und unterstützt sie mit folgenden Gründen. Erstens weil es leicht möglich sey, daß, wenn auch der Dritte nicht gestorben wäre, dennoch die Bedingung, so lange der Usufructuar lebt, nicht existirt hätte. Zweitens sey die Erstreckung des Nießbrauchs auf die ganze Lebenszeit des Usufructuars auch der Billigkeit gemäß, weil sich das Recht

desselben geendiget hätte, wenn der Ususfructuar auch vor der Existenz der Bedingung gestorben wäre. In der Glosse ist zwar gegen diese Gründe manches eingewendet worden. Man kann aber darüber ganz wohl hinausgehen, da die Entscheidung an sich keinem Zweifel unterliegt.

§. 640. b.

Erlösung des Rechts des Constituenten.

VII. Wenn das Recht dessen, welcher den Ususfructus constituirte, an der nutznießlichen Sache aufhört, so erlischt auch der Nießbrauch, jedoch nur nach folgenden Unterscheidungen.

1) Der Constituent hatte nur ein temporaires Eigenthum. Hier hört der Nießbrauch nur alsdann auf, wenn das Eigenthum *ex tunc* widerrufen, oder überhaupt durch eine, bey Erwerbung desselben gemachte Resolutiv, Bedingung, (z. B. *addictio in diem*) aufgehoben wird⁹⁾. Auf diesen Fall geht die Regel: *Resolutio iure dantis, resolvitur ius accipientis*. Wird hingegen das Eigenthum des Constituenten *ex nunc* resolvirt, so bleibt der Nießbrauch gültig¹⁰⁾.

2) Der Constituent hatte ein unwiderrufliches Eigenthum, und hat solches durch eine freiwillige Veräußerung einem Dritten überlassen. Hier dauert der Nießbrauch fort. *Cajus*¹¹⁾ sagt: *ususfructus dominii mutatione non amitti-*

9) L. 16. D. b. t.

10) C. des 8. Tbls. 1. Abthl. §. 577. C. 77.

11) L. 19. D. b. t.

amittitur. Ein Hauptgrund liegt auch schon, wie Hallfeld ganz richtig bemerkt, in der Natur eines dinglichen Rechts.

§. 641.

Nichtgebrauch und Extinctio, Verjährung.

Der Ususfructus geht ferner VIII) durch Nichtgebrauch verloren, soweit er klagend hätte verfolgt werden können und sollen. Vor Justinian war ein Unterschied, ob die nutznießliche Sache eine bewegliche oder unbewegliche ist. Im ersten Falle war schon ein einjähriger Nichtgebrauch hinreichend, im andern hingegen ward ein Nichtgebrauch von zwei Jahren erfordert¹²⁾. Allein Justinian¹³⁾ hat dieses geändert, und verordnet, daß, ohne Unterschied der Sachen, an welchen der Nießbrauch gegeben worden, nur ein Nichtgebrauch von zehn oder zwanzig Jahren dem Nutznießungsrechte ein Ende machen solle, je nachdem der Ususfructuar während der Zeit gegenwärtig, oder abwesend war. Da über den Sinn dieser neuen Verordnung sehr gestritten wird, so halte ich es für nöthig, zunächst die Worte selbst dem Auge darzustellen. L. 16. C. de Usufr. lautet so: Corruptionem ususfructus multiplicem esse veteribus placuit, vel morte usufructuarii, vel capitis diminutione, vel non utendo, vel aliis quibusdam non ignoratis modis. Sed de usufructu quidem hoc indubitatum fuerat: de personali autem actione

12) PATRUS Lib. III. Sententiar. Tit. 6. §. 39. Non utendo amittitur ususfructus, si possessione fundi biennio fructuarius non utatur, vel rei mobilis anno.

13) L. 16. Cod. de Usufr.

actione, quae super usufructu nascitur, sive in stipulationem usufructus deductus sit, sive ex testamento relictus, dubitabatur: morte quidem usufructuarii et capitis deminutione eam tolli omnibus concedentibus: non utendo autem, si per annum vel biennium forsitan eundem usumfructum non petierit usufructuarius, si personalis actio tollatur, altercantibus. Sed nos hoc decidentes sancimus, non solum actionem, quae de usufructu nascitur, sed nec ipsum usumfructum non utendo cadere, nisi tantummodo morte usufructuarii, et ipsius rei interitu: sed usumfructum, quem sibi aliquis acquisivit, hunc habeat, dum vivit intactum; cum multae et innumerabiles causae rebus incident mortalium, per quas homines iugiter retinere, quod habent, non possunt. Et est satis durum, per huiusmodi difficultates amittere, quod semel possessum est: nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae, etiam si dominium vindicaret, posset eum praesentem vel absentem excludere. Die letztern Worte sind es, welche eine doppelte Streitsfrage veranlaßt haben.

1) Ob es bey der Erlöschung des Ususfructus durch Nichtgebrauch noch auf den Unterschied ankomme, ob der Nichtgebrauch an beweglichen oder unbeweglichen Sachen constituit worden ist? Viele ¹⁴⁾ behaupten, daß Justinian diesen

14) Franc. RAGUZZELLUS in Comment. ad constitut et decisiones Iustin. ad h. L. 16. C. de Usufr. pag. 181. Franc. BROEUS in Expositionib. in Iustiniani Institut. ad §. 3. I. de Usufr. §. 2. Arn. VINNIUS in Comment. ad §. 3. I. de Usufr. m. §. Em. MERILLIUS in Expositionib. in L. Decis. Iustiniani. Nr. XVIII. Operum P. II. p. 54. und Ulr. HUBER in Praelect. ad Institut. Lib. II. Tit. 4. §. 11. in fin.

diesen Unterschied nicht aufgehoben, sondern vielmehr in den angeführten letzten Worten der L. 16. dadurch bestätigt habe, daß er den Termin der erwerbenden Verjährung beim Eigenthum auf die erlöschende Verjährung beim Ususfructus ausdrücklich übergetragen hat. Der Mißbrauch an beweglichen Sachen gehe also durch einen Mißgebrauch von drei Jahren, der an unbeweglichen Sachen hingegen durch einen Mißgebrauch von zehn Jahren inter praesentes, und von zwanzig inter absentes verloren. Allein wie wenig sich diese Meinung rechtfertigen lasse, hat schon Gerhard Noodt¹⁵⁾ einleuchtend gezeigt. Man erwäge doch nur, daß der Unterschied zwischen Gegenwart und Abwesenheit, den hier Justinian auf die erlöschende Verjährung des Mißbrauchs überträgt, nur bei der erwerbenden Verjährung der unbeweglichen Sachen in Betrachtung kommt, und daß Servituten in Absicht auf Verjährung den Immobilien gleichgeachtet werden. Sodann hat Justinian sich noch in einer neuern Constitution über seine Absicht deutlich genug erklärt, nämlich in der L. 13. C. de Servitutib. wo er sagt: Sicut usumfructum, qui non utendo per biennium in soli rebus, per annale autem (tempus) in imöobilibus vel se moventibus diminuebatur, non passi sumus huiusmodi sustinere compendiosum interitum, sed ei decennii, vel viginti annorum dedimus spatium: ita et in cæteris servitutibus obtinendum esse censuimus, ut omnes servitutes non utendo amittantur, non biennio, (qui

15) De Usufructu Lib. II. cap. 8. (Operum Tom. I. pag. 459.)

Man sehe auch WASTPHAL de Servit. praedior. §. 380. Not. 773. a. pag. 610. und THIBAUT über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 59. §. 153.

(qui tantummodo soli rebus annexae sunt) sed decennio contra praesentes, vel viginti spatio annorum contra absentes: ut sit in omnibus huiusmodi rebus causa similis, differentiis explosis. Hier gedenkt nun der Kaiser des Unterschiedes zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen ausdrücklich, den das ältere Recht bei der Erlöschung des Ususfructus durch Nichtgebrauch machte, hebt ihn aber auch deutlich genug auf, indem er verordnet, daß statt desselben nach Verhältniß der Gegenwart oder Abwesenheit ein Zeitraum von zehn oder zwanzig Jahren erforderlich seyn solle. Alles dieses bestärken endlich auch noch die Basiliken¹⁶⁾, welche in Beziehung auf die L. 16. C. de Usufr. sagen: Η διάταξις κατεσθίου χρεῖσιν πραγμάτων τινός χρεωστούμενη τῶι, — μὴ φθείρεσθαι τῇ ἀχρησίᾳ διὰ δύο ἐνιαυτῶν, ἀλλὰ δέκα ἢ ἑκατοῖς ἐνιαυτοῖς. i. e. *Ex hac constitutione ususfructus rei alicuius, qui alicui debetur, non corrumpitur non utendo per biennium, sed per decennium duntaxat, aut vicennium.* Man streitet ferner.

2) darüber, ob zur Erlöschung des Nießbrauchs der bloße Nichtgebrauch hinreichend sey, oder ob nicht, außer dem Nichtgebrauche, auch noch eine *usucapio libertatis* von Seiten des Proprietars hinzukommen müsse, welche darin besteht, daß der Eigenthümer die usufructuelle Sache während der Zeit, da der Ususfructuar sich seines Rechts nicht bediente, redlicher Weise im Besiz gehabt, und die Früchte der Sache selbst gezogen habe? Die meisten Rechtsgelehrten

16) Tom. II. Lib. XVI. Tit. 8. Constitut. 39. pag. 299.

gelehrten ¹⁷⁾ behaupten das letztere, und glauben, daß dieses in den Worten der *L. 16. C. de Usufr.* nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae, etiam si dominium vindicaret, posset eum praesentem vel absentem excludere, unverkennbar liege. Andere ¹⁸⁾ hingegen verwerfen diese Erklärung schlechterdings, überzeugt, daß die bemerkten Worte auf keine usucapio libertatis, sondern bloß auf den Ablauf der Zeit sich beziehen, wie Jedem in die Augen leuchten mußte, der die *L. 13. C. de Servitut.* damit vergleicht, als welche ganz klar zeige, daß Justinian nur die Absicht gehabt habe, sagen zu wollen: der Nießbrauch gehe durch Nichtgebrauch nur in der Zeit verloren, in der man das Eigenthum unbeweglicher Sachen durch Verjährung erwirbt. Mir scheint der in der *L. 16. C. de Usufr.* angeführte Grund, und das eigenthümliche Wesen

17) *Em. MERILLIUS* in Exposition. ad *L. Decision.* Nr. XVIII. pag. 55. *M. Aurel. GALVANUS* de Usufructu Cap. XLI. §. 11. pag. 611. *sqq. Iam. a COSTA* in Comm. ad §. 3. l. de Usufr. *PUFENDORF* Observat. juris univ. Tom. III. Obs. 188. §. 16. *WESTPHAL* de Servitut. praed. §. 880. not. 773. a. pag. 610. *HOFACKER* Princip. iur. civ. T. II. §. 1124. in fin. et not. m. *MALELANC* Princip. iur. Rom. P. II. h. t. §. 427. *Gros Geschichte der Verjährung* IV. Abschn. C. 80. *Konopatsky Institutionen des Röm. Rechts.* §. 289. und not. z.

18) *Ant. SCHULTING* Thesium controversar. iuxta seriem Dig. Decad. XXII. §. 1. *Io. Ort. WESTENBERG* Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 7. *Christ. Gottl. HAUBOLD* ad *Bergeri Oeconom.* iuris Lib. II. Tit. III. Thes. 23. not. k. pag. 354. *Ehrl. baut* über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 57. und desselben Theorie der logischen Auslegung des Röm. Rechts §. 9. C. 39. f. §. 20. C. 92. und §. 26. C. 112. f. *Dabelow* über die Verjährung 2. Th. §. 174. C. 272. ff.

Wesen des Usfructus so deutlich für die erste Meinung zu sprechen, daß ich ihr bejusstaumen kein Bedenken finde. Denn 1) sagt es ja der Gesetzgeber ganz deutlich, daß der Nießbrauch durch den bloßen Nichtgebrauch nicht verlohren gehen solle, und nimmt den Grund theils von der eigenthümlichen Natur des Nießbrauchs her, welcher, als eine persönliche Gerbit, stets dem Usfructuar auf seine ganze Lebenszeit eingeräumt wird, theils daher, daß sich unzählige Fälle ereignen können; wo man von seinem Rechte keinen Gebrauch machen kann, und es daher sehr hart seyn würde, nun deswegen sein Recht zu verlieren. Der Usfructuar soll daher seinen Nießbrauch, des non usus ungrachtet, behalten, so lange er lebt, nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae, etiam si dominium vindicaret, posset eum praesentem vel absentem excludere. Sollten diese Worte auf keine usucapio libertatis hinweisen, sondern sich bloß auf den Ablauf der Zeit beziehen, so wäre ja das Alles, was Justinian von dem non usus, und noch dazu aus Gründen, vorausgeschickt hatte, ein leerer Schall ganz unnützer Worte. Denn daß der Nießbrauch durch Nichtgebrauch verlohren gehe, daran zweifelte auch das Alterthum nicht. Allein der bloße non usus war schon hinreichend. Dies fand Justinian hart, zumal da eine so kurze Zeit in dem ältern Rechte bestimmt war. Deswegen änderte der Kaiser die Extinctivverjährung des Nießbrauchs in Rücksicht auf Form und Zeitraum ab, wozu die ganz eigne subjective Beziehung, welche eben bei dem usufructu eintritt, und sonst bei keiner einzigen der Realservituten Statt hat, den Gesetzgeber sehr leicht veranlassen konnte, den Nießbrauch

von

von den bisherigen Grundsätzen in Absicht auf Extinctiv-
verjährung ausdrücklich auszunehmen ¹⁹⁾. Diese Erklä-
rung wird nun noch insonderheit 2) durch die Stelle in
den Institutionen, §. 3. I. de Usufr. bestätigt, wo Justin-
ian sagt: Finitur autem ususfructus morte fructuarii;
et duabus capitis diminutionibus, maxima et media; et
non utendo per modum et tempus: quae omnia nostra statuta
constitutio. Ich übergehe hier die schon längst von an-
dern ²⁰⁾ widerlegte irrige Erklärung derjenigen, welche
hier einen neuen rechtlichen Grund, aus welchem der Miß-
brauch verlohren geht, zu finden geglaubt haben, nämlich
Mißbrauch der nutznießlichen Sache, obgleich unser Ver-
fasser selbst sich in der Folge (§. 658.) zu dieser irrigen
Hypothese bekennt; unläugbar aber ist: es, daß sich der
Kaiser hier auf die L. 16. C. de Usufr. bezieht. Indem
er nun modum und tempus unterscheidet, und dabei
auf seine Constitution verweist, so erscheint daraus deutlich
genug, daß in dieser Verordnung nicht bloß von Erweite-
rung des Zeitraums die Rede sey, sondern auch ein certus
modus vorgeschrieben sey, quo non utendo ususfructus
hodie amittitur, wie Janus a Costa ²¹⁾ sich sehr rich-
tig ausdrückt ²²⁾. Soll übrigens der Ususfructus durch
Nichtgebrauch erlöschen, so muß

1) ein

19) E. Pfeiffers vermischte Aufsätze über Gegenstände des
deutschen und Röm. Privatrechts. Marburg 1803. S. 296.

20) E. Ger. NOODT de Usufr. Lib. II. cap. 9. pag. 460.

21) Comm. ad §. 3. I. de Usufr. pag. 198.

22) THEOPHILUS in Paraphr. graec. ad §. 3. I. de Usufr. sagt:
τῷ χρόνῳ ἢ τῷ καὶ ὡρισμένῳ χρόνῳ i. e. certo modo et constituto
tempore. NOODT de Usufr. Lib. II. cap. 9. pag. 462. glaubt;

die

1) ein wirklicher *non usus* vorhanden seyn. Dieser läßt sich aber nach *L. 38. D. de usufr.* verbunden mit *L. 12. §. 2. D. eodem* nur dann annehmen, wenn der *Usufructuar* sein Recht weder selbst ausgeübt hat, noch durch einen Andern auf seinem Namen hat ausüben lassen; z. B. durch einen Pächter, Käufer, Donatar, oder *negotiorum gestor*. Es ist indessen ein Unterschied, wenn auch der, welchem der *Usufructuar* die Ausübung seines Rechts überlassen hat, dieselbe unterläßt, ob die Ueberlassung käuflich, oder unentgeltlich geschehen ist. Im ersten Falle schadet der *non usus* des Käufers nichts, genug, daß der Verkäufer das Kaufgeld benutzt. *Quia qui pretio fruitur*, sagt *Cajus L. 39. D. de Usufr.* *non minus habere intelligitur, quam qui principali re utitur fruitur.* In dem letzten Falle hingegen muß der Donatar den Nießbrauch ausüben; wenn er nicht verlohren gehen soll. *Marcellian* sagt *L. 40. D. de usufr.* *Quodsi donavero, non alias retineo, nisi ille utatur.* Hat der *Usufructuar* den Nießbrauch an den Proprietar selbst verpachtet, und dieser verkauft das Grundstück ohne Vorbehalt des Nießbrauchs an einen Dritten, so geht dadurch der Nießbrauch für den *Usufructuar* verlohren, wenn gleich der Proprietar den Pachtzins bezahlt. Denn der dritte Käufer besitzt das Grundstück auf seinem Namen, nutzt es also nicht auf dem Namen des *Usufructuars*. Ein Gleiches gilt in dem Falle, da der Proprietar das nutznießliche Gut im eigenen Namen weiter an einen Dritten verpachtet hat, weil auch

die Worte *per modum et tempus* enthielten eine Figur, welche die Grammatiker *év δια δύο* nennen, und hießen soviel, als *per modum temporis*, nova lege a Iustiniano definiti.

auch hier der dritte Pächter den Nießbrauch nicht auf dem Namen des Usufructuarius ausübt. Es tritt also von dieser Zeit an auf Seiten des Letztern im rechtlichen Sinne ein non usus ein, der den Ususfructus ein Ende macht, wenn der Ablauf der gesetzlich bestimmten Zeit noch hinzukommt. Es gehört hierher die merkwürdige Stelle der *L. 29. pr. D. b. t.* wo es heißt: *Pomponius quaerit, si fundum a me proprietarius conduxerit, eumque fundum vendiderit Sejo, non deducto usufructu, an usumfructum per emptorem retineam? Et ait, licet proprietarius mihi pensionem solverit, tamen usumfructum amitti, quia non meo nomine, sed suo fruius est emptor. Teneri plane mihi ex locato proprietarium, quanti mea interfuit, id factum non esse: quanquam, si a me conductum usumfructum quis alii locaverit, retinetur ususfructus: sed si proprietarius eum locasset suo nomine, dicendum amitti; non enim meo nomine fruius colonus.* Diese Stelle lehrt zugleich, daß Alles ganz anders sey, wenn der Pächter des Ususfructus nicht der Proprietar selbst ist ²³).

2) Es wird ein gänzlicher Nießgebrauch erfordert. Hat also der Usufructuar seit der Verjährungszeit nur einen partiellen Gebrauch von seinem Rechte gemacht, so ist der Nießbrauch nur so weit verloren, als der Usufructuar sein Recht nicht ausgeübt hat ²⁴). Denn es ist eine Eigenschaft des Nießbrauchs, daß er unter allen Servitutibus

23) *S. WESTPHAL cit. libr. §. 895. not. 790.*

24) *L. f. D. de Usufr. L. 14 L. 25. D. b. t.*

Von dieser Verjährung ist jedoch der *usufructus alternis annis constitutus* ausgenommen, bei diesem wird jeder Zeitabschnitt, wie eine besondere *Servitut*, angesehen, und erfordert daher eine besondere Verjährung³³⁾. Das ganze Recht hingegen geht in der ordentlichen *Präscriptio*zeit nicht verloren. Dieses erlischt nur in dreißig Jahren nach den Grundsätzen der *Extinctiv*-Verjährung, wenn dem *Usufructuar* sein ganzes Recht streitig gemacht werden sollte, und er dabei *acquiescirt*³⁴⁾.

Ist der Nießbrauch noch nicht constituirte, sondern bloß versprochen, so ist es sehr streitig, ob die *actio personalis ad petendum usumfructum* auch in eben der Zeit erlösche, als wenn der Nießbrauch schon constituirte ist; also in zehn Jahren unter Gegenwärtigen, und in zwanzig Jahren unter Abwesenden. Unser Verfasser erklärt sich darüber so: *Usufructus promissus amittitur XXX annis*. Eben dieser Meinung sind auch *Xavé*³⁵⁾ und *Westphal*³⁶⁾. Allein ihnen stehen die klaren Worte der *L. 16. §. 1. C. de usufr.* entgegen, nach welchen *Iustinian* zwischen *actio personalis ad petendum usumfructum* und *usufructus* selbst, und ihrer beiderseitigen Verjährung so deutlich unterscheidet, daß man dem Gesetz Gewalt anthun müßte, wenn man es bloß auf den constituirten

33) *L. 28. D. b. t. Si usufructus alternis annis legetur: non posse, non utendo, eum amitti: quia, plura sunt legata.*

34) *G. WESTPHAL de lib. et servit. praed. §. 884. Thibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 58.*

35) *Princip. doctr. de praescript. §. 115. nr. 4.*

36) *Libr. cit. §. 880.*

ten Mißbrauch beschränken wollte. Freylich weicht dieses ganz von der Regel ab, nach welcher sonst persönliche Klagen dreßßig Jahre dauern; immerhin mag auch Justinian, wie Dinnius ³⁷⁾ glaubt, die persönliche Klage durch einen Irrthum mit der *confessoria* confundirt haben; allein die Disposition des Gesetzes selbst leidet keinen Zweifel, und dem Ausleger gebührt nicht, weiter darüber zu urtheilen. Soviel sieht man wohl aus der Art, wie Justinian sich ausdrückt, daß die alten Röm. Rechtsgelehrten darüber uneinig gewesen seyn mögen, ob die *actio personalis ad petendum ususfructum* nach den von der Verjährung des *ususfructus* geltenden Grundsätzen, oder vielmehr nach denen zu beurtheilen sey, welche von der Verjährung der Klagen gelten. Justinian entscheidet hier diesen Streit, und beurtheilt sie nach der Verjährung des *ususfructus*, gleichsam als wenn sie dazu gehörte, dehnt aber zugleich die Verjährungszeit des *ususfructus* aus, und legt dabei die Grundsätze von der erwerbenden Verjährung zum Grunde. Daher stimmen nun auch die meisten sowohl theoretischen als practischen Rechtsgelehrten ³⁸⁾ darin überein, daß nach der neuen Verordnung des Kaisers Justinian die *actio personalis ad petendum ususfructum*, wie aus dem

B b 3

ganzen

37) *Commentar. ad §. 1. I. de Usufr. nr. 2. circa fin.*

38) *G. Hub. GIPHANII Explanat. difficilior. et celebrior. L. L. Cod. ad L. penult. C. de Usufr. pag. 163. Em. MERILLIUS Exposition. in L. Décision. Justin. Nr. XVIII. pag. 53. WERNHER Observat. for. Tom. II. Part. VIII. Obs. 344. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 6. BOEHMER iur. Dig. h. t. §. 3. Thibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 51. und Dabelow über die Verjährung 2. Th. §. 160.*

ganzen Inhalt der L. 16. §. 1. C. de usufr. erhebet, unter Anwesenden gehen, unter Abwesenden aber jammrig Jahre dauere.

§. 641. b.

Ergänzung des Verfassers.

Außer den von Zellfeld angeführten rechtlichen Aufhebungsgründen des Nießbrauchs sind noch folgende zu bemerken, und hier zu ergänzen.

IX. Widerseßlichkeit des Usufructuars bey Aufforderung zur Bestellung der cautio damni infecti. Diese berechtigt den Proprietar, wenn er nun wegen der Bau-fälligkeit des nuzniesslichen Grundstücks dem Nachbar die Caution selbst hat leisten müssen, zur Einziehung des Nießbrauchs³⁹⁾. Außerdem wird durch Mißbrauch der usufructus nicht verwirkt, sondern nur eine Forderung des Proprietars auf Entschädigung veranlaßt, welche sofort geltend gemacht werden kann⁴⁰⁾.

X. Dereliction, welche dem Usufructuar wegen Uebermüßigkeit der auf der Sache lastenden Lasten frey steht⁴¹⁾.

XI. Schreib

39) L. 9. §. 5. D. de damno infecto L. 10. D. eod. WESTPHAL §. 250.

40) L. 1. §. 5. et 6. D. Usufr. quemadm. catz L. 27. pr. D. de noxal. act. Unser Verfasser behauptet zwar mit vielen das Gegentheil §. 658. Allein mit welchem Grunde? wird sich dort besser zeigen lassen.

41) L. 64. et 65. D. de usufr. WESTPHAL §. 578.

XI. Schreiten zu einer neuen Ehe, wodurch der einer Wittve durch letztwillige Verfügung ihres Ehemanns an einer ihm gehörigen Sache hinterlassene ususfructus verloren geht, und an die mit dem verstorbenen Mann erzeugten Kinder fallen soll ⁴²⁾. Endlich

XII. Verlust derjenigen Qualität, an welche das Recht des Nießbrauchs geknüpft war. Z. B. wenn der Nießbrauch dem Testamentserben von einem legitirten Grundstück war vorbehalten worden, und das Testament durch ein Rechtsmittel aufgehoben wird, bey welchem das Legat gültig bleibt ⁴³⁾.

§. 642.

Anwendung auf die übrigen persönlichen Dienstbarkeiten.
Ausnahmen.

Die angeführten Erlöschungsarten des ususfructus lassen sich auf alle übrige persönliche Dienstbarkeiten anwenden. Ausgenommen sind jedoch

B b 4

1) der

42) L. un. C. Si secundo nupserit mulier, cui maritus usumfr. reliquit. Konopat Institutionen des Röm. Rechts §. 290.

43) L. 46. pr. D. de Usufr. Si extraneo scripto, et emancipato praeterito, matri defuncti, deducto usufructu, proprietas legata sit: petita contra tabulas bonorum possessione, plena proprietas, pietatis respectu, matri praestanda est. Was sich hier der präterirte Sohn aus Liebe und Ehrfurcht für seine Mutter, welcher die Proprietät war legitirt worden, und die nun noch den Nießbrauch dazu erhielt, welcher eigentlich dem Sohne gehört hätte, gefallen lassen mußte, kann freylich in andern Fällen nicht zur Anwendung dienen. S. WESTPHAL §. 944.

1) der *quasi usufructus rei fungibilis*, welcher anders nicht, als durch den Tod, und durch *capitis deminutio*, verloren geht⁴⁴⁾.

2) Die *habitatio*, welche keiner Verjährung unterworfen ist, auch durch keine *capitis deminutio* aufhört⁴⁵⁾; *quia in facto potius, quam in iure, consistit*, wie *Modestinus*⁴⁶⁾ sagt. Zwar verordnet *Justinian* in der *L. 13. C. de usufr.* daß die *habitatio* nicht mehr Rechte enthalten soll, als der *usufructus sc. aedium*. Allein daraus läßt sich noch keine Aufhebung des ältern Rechts folgern. Der Kaiser spricht nur von den Rechten, welche die bestehende *Servitut* gewährt; der Arten, wie sie aufhören könne, ist hier gar nicht gedacht. Nun ist die Unverjährbarkeit der *Habitation* in ihrer eigenen Natur gegründet, wie *Modestinus* in den angeführten Worten zu erkennen giebt, und *Justinian* dachte auch nicht entfernt daran, dieselbe aufzuheben, sondern wollte bloß den Streit entscheiden, der über ihren Umfang und ihre Gränzen bisher obgewaltet hatte⁴⁷⁾. Ich werde davon in dem Titel *de usu et habitatione* noch weiter handeln, und dann auch die Stelle aus *Modestinus* erklären.

3) Operae

44) *L. 9. et L. 10. pr. D. de usufr. ear. rer. quae usu consum.*
L. 7. §. 1. D. Usufr. quem. cau. WESTPHAL §. 947.

45) *L. 10. pr. D. de usu et habitat.* C. Aug. Herm. GMELIN
Diff. de capitis deminutione minima. §. 40.

46) *L. 10. D. de capite minut.*

47) Anderer Meinung ist zwar *Ehibaut* über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 58. C. 154. Allein man sehe *Konopals Institutionen des römischen Rechts* §. 294. Not. o. und *De below* über die Verjährung 2. Th. §. 173. C. 265. f.

3) Operae servorum gehen auch weder durch capitis deminutio noch durch Mißgebrauch verloren⁴⁸⁾. Uebrigem hat diese Servitut noch das ihr ganz Eigene, daß sie erst mit dem Tode des dienenden Sklaven aufhört, und daher auf die Erben des Dienstberechtigten übergeht⁴⁹⁾. Der Grund ist auch hier der nämliche, wie bei der Habitation, *quia operae in facto quoque consistunt*. Habent nempe consistentia facta ex persona servorum, qui illas debent; interitus igitur illarum non ex persona eius, cui debentur, sed ex eius, qui illas debet, persona aestimandus est, wie Hugo Donellus⁵⁰⁾ dieses Paradoxon sehr gut erklärt hat.

Ist nun auf die eine oder andere rechtliche Art der Mißbrauch völlig beendigt, so kehrt die Sache, wosfern nicht etwan der Usufructuar die Proprietät selbst durch Confusion acquirirt, an den Proprietar wieder zurück, so daß dieser nun von diesem Augenblicke an über dieselbe wieder das vollkommenste Eigenthumsrecht ausübt⁵¹⁾. Der Proprietar, wenn er auf Restitution zu klagen genöthigt wird, kann sich deswegen entweder der actio ex stipulatu⁵²⁾ bedienen, wenn Caution geleistet worden ist, oder

48) L. 2. D. de operis servor.

49) L. 2. D. de usufr. legato.

50) Commentar, iur. civ. Lib. X. cap. 21. in fin.

51) §. 4. I. de usufr.

52) L. 3. pr. et §. 1. D. Usufr. quemadm. cav.

der Reivindikation⁵³⁾, oder auch der Negatorien Klage⁵⁴⁾. Die Rückkehr des Nießbrauchs nach dessen Beendigung an den Proprietar ist nun übrigens bey dieser Servitut so natürlich, daß wenn auch der Testirer dieselbe in seinem letzten Willen ausdrücklich verordnet hätte, dennoch dies für kein neues Vermächtniß oder Fideicommiß gehalten werden kann, sondern als ein überflüssiger Zusatz, der sich von selbst versteht, angesehen werden muß. Scävola⁵⁵⁾ hat hiervon folgenden Fall. Eine Wittve hat Kinder aus erster und zweyter Ehe, auch eine noch lebende Mutter. Sie setzte ihre sämmtlichen Kinder zu gleichen Theilen in ihrem Testament zu Erben ein, und ihrer Mutter vermachte sie die Nutznießung davon auf Lebenszeit. Sie hatte noch hinzugefügt: stirbt meine Mutter, so soll der Nießbrauch an meine sodann noch lebende

53) L. 3. §. 4. D. eodem. WESTPHAL §. 959.

54) G. POTHIER Pandect. Justin. Lib. VII. Tit. 9. Nr. XIV. not. d.

55) L. 32. §. 1. D. de Usufr. legata. Filios ex Sejo, et filiam ex alio marito heredes instituit aequis portionibus, et matri ita legaverat: Aeliae Dorcadi matri meae dari volo, quoad vivat, usumfructum bonorum meorum: ita ut post obitum eius ad liberos meos, aut ad eum, qui ex his vivet, pertineat. Filii post aditam hereditatem decesserant. Quaesitum est, mortua matre, superstitie filia testatrix, ususfructus utrum ad solam filiam, an vero pro portione hereditatis pertineret? Respondit, ad eos redire, apud quos proprietas esset. CLAUDIUS. Non credidit, ipsum usumfructum in vicem portionum hereditarium post mortem aviae inter ipsos datum: eo magis, quod aequis partibus heredes erant scripti.

Lebende Kinder fallen. Die Erblasserin starb; nach dieser auch ihre Kinder erster Ehe; mit Hinterlassung von Erben. Sohan starb der Erblasserin Mutter. Es fragte sich nun, können nach dem Ausdruck des Testaments die Kinder zweiter Ehe den Nießbrauch mit Ausschließung der Erben der Kinder erster Ehe verlangen, oder nicht? Scävola respondirt, der Nießbrauch falle an diejenigen zurück, an welche die Proprietät der Güter gekommen ist; folglich auch an die Erben der Kinder der ersten Ehe zu deren Antheil. Claudius widerspricht nicht, wie Accursius ganz irrig glaubt, denn Claudius pflegt in seinen Anmerkungen zu Scävola desselben Gutachten nicht zu tadeln, sondern bestärkt sie vielmehr durch neue Gründe⁵⁶⁾. Er stimmt auch hier seinem Scävola ganz unbedingt bei, und erklärt nur desselben Meinung deutlicher. Scävola, sagt er, glaubt nicht, daß in dem vorliegenden Falle der Nießbrauch gleichsam als ein Fideicommiß blos den Kindern, die nach dem Tode der Großmutter noch am Leben seyn würden, hinterlassen worden sey, so daß gleichsam von diesen noch lebenden Kindern jedes einen neuen Erbtheil daran erhalte. Denn da die Erblasserin ihre Kinder zu gleichen Theilen eingesetzt hat, so ist kein Grund vorhanden, warum die Kinder der zweiten Ehe die Erben der Kinder der ersten Ehe ausschließen sollten; man muß vielmehr annehmen, daß sie eine gleiche Liebe zu ihren Kindern und deren Nachkommen gehabt habe. Es war also blos ein

56) Man vergleiche L. 88. §. 12. D. de legat. II. L. 37. §. 4. L. 38. §. 5. L. 41. §. penult. D. de legat. III. L. 16. §. 2. D. de aliment. et cibis. legat. C. WESTPHAL §. 956. not. 838. pag. 672.

ein überflüssiger Zusatz, was die Testatrix von der Rückkehr des Diebstahls in ihrem letzten Willen verordnet hatte, was sich mit der Befunde der Richter sehr leicht entschuldigen ließ⁵⁷⁾.

- 57) *E. Franc. Mar. GORDONTUS Praeternitor. iuris civ. Cap. 6* (in *E. OTTONIS Thesaur. iur. Rom. Tom. II. pag. 845. sq.*) *Delev. LANGENBACH Annotat. in Leges aliquot perdifficiles Cap. 18.* (bey OTTO T. I. pag. 558. sq.) *Mayr. a SUMM Repetitur Lection. iuris civ. Cap. 22* (bey OTTO Tom. IV. pag. 38. sq.) *Ios. Fernandez de RETES Opusculor. Lib. IV. tit. L. 32. cit.* (in *Ger. MEERMAN Thes. iur. civ. et cano. T. VI. pag. 210.*) *Ios. AVERANTIUS Interpretat. iuris Lib. V. cap. 12.* und *ROTHIER Pandect. Iustinian. Tom. II. de legat. Nr. CLI. not. I.*

Lib. VII. Tit. V.

De usufructu earum rerum, quæ usu
consumuntur, vel minuuntur.

§. 643. und 644.

Begriff und Natur des Quasi-Ususfructus. Gehört ususfructus
nominum und vestimentorum hieher?

W eil nach geendigtem Meßbrauch die Sache in Natur
restituirt werden muß, so konnte ehemals an unkör-
perlichen, und solchen Sachen, von denen sich anders kein
Gebrauch machen läßt, als daß man sie aufzehrt, oder
veräußert, kein Meßbrauch vermacht werden⁵⁸⁾. Justi-
nian sagt ausdrücklich §. 2. *I. de Usufr. Res, quæ usu
consumuntur, neque naturali ratione, neque civili, re-
cipiunt usumfructum.* Denn der ususfructus ist ein Recht
an einer fremden Sache, allein solche Sachen, von denen
kein Gebrauch ohne Zerstörung oder Veräußerung möglich
ist, setzen voraus, daß man Eigenthümer sey, um sie ihren
Zweck gemäß gebrauchen, oder vielmehr verbrauchen zu kön-
nen. Daher sagt Cajus *L. 7. D. h. t. Si vini, olei,
frumenti ususfructus legatus erit: proprietas ad legata-
rium*

58) Cicero *Topic. cap. 3.* giebt uns hierpon das beste Zeugniß:
*Non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usumfructum
legavit, cellis vinariis et oleariis plena relicta, putare, id ad
se pertinere: usus enim, non abusus, legatus est.*

rium transferri debet. Und der Streit unter den alten Römischen Juristen über den *ususfructus nominum*, dessen Ulpian L. 3. D. b. t. Erwähnung thut, beweist, daß auch an unkörperlichen Sachen kein *ususfructus* bestellet werden konnte, wenn auch Celsus L. 2. D. de *Usufr.* nicht schon ausdrücklich gesagt hätte, der *ususfructus* sey ein *ius in corpore*. Doch alles dies änderte sich, seitdem unter dem Kaiser Tiberius ⁵⁹⁾ ein *Senatusconsultum* gemacht wurde, welches nach Ulpian L. 1. D. b. t. des Inhalts war: *Ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit.* Zwar konnten auch durch die Auctorität des Senats fungible Sachen so wenig in nicht fungible, als unkörperliche in körperliche verwandelt werden. Ein eigentlicher *ususfructus* konnte also auch noch jetzt an solchen Sachen nicht Statt haben. Allein es wurde doch nun durch dieses *Senatusconsultum* eingeführt, daß bey solchen Sachen ein ähnliches Rechtsverhältniß Statt haben solle, welches *quasi ususfructus* genannt wird. Daher sagt nun Cajus L. 2. §. 1. D. b. t. *Quo Senatusconsulto non id effectum est, ut pecuniae ususfructus proprie*

59) GALVANUS de *Usufr.* Cap. 3. §. 2. glaubt zwar, es sey schon unter der Regierung des Kaisers Augustus gemacht. Allein Sabinus und Nerva, welche dieses *Senatusconsultum* zuerst Erwähnung gethan haben, L. 3. L. 5. §. 1. D. b. t. lebten unter dem Kaiser Tiberius. L. 2. §. 47. D. de orig. iur. Daher setzen die meisten Rechtsgelehrten das *SCtum de quasi ususfructu* unter Tiberius. C. Ger. noont de *usufr.* Lib. I. cap. 20. BACH Histor. iurispud. Rom. Lib. III. cap. 1. Sect. 3. §. 14. SCHULTING Iurispud. Antejust. pag. 858. not. 71. und Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts §. 207. (2. Aufl. Berlin 1799.)

proprie esset; nec enim naturalis ratio auctoritate Senatus commutari potuit: sed, remedio introducto, coepit *quasi ususfructus* haberi⁶⁰). Dieses remedium ist kein anderes, als das Mittel der Caution, welche der Nutzniesser bey dem quasi usufructu in der Maaße leisten muß, daß er nach geendigtem Nießbrauche eine Sache von derselben Art in derselben Quantität und Qualität, oder deren Werth zurückgeben wolle, wie aus §. 2. L. de usufructu ganz klar erhellet, wo Justinian sagt: *Utilitatis causa Senatus censuit, posse etiam earum rerum usufructum constitui, sc. quae ipso usu consumuntur: ut tamen eo nomine heredi utiliter caveatur. Itaque si pecuniae usufructus legatus sit: ita datur legatario, ut eius fiat, et legatarius satisfat heredi de tanta pecunia restituenda, si morietur, aut capite minuetur. Caeterae quoque res ita traduntur legatario, ut eius fiant: sed, aestimatis his, satisfatur, ut si moriatur, aut capite minuatur, tanta pecunia restituatur, quanti hae fuerint aestimatae. Ergo Senatus non fecit quidem earum rerum*

60) Ger. NOODT de Usufr. Lib. I. cap. 20. glaubt, daß SCtum de quasi usufructu habe aus zwey Kapiteln bestanden. Das erste sey des Inhalts gewesen, daß der Nießbrauch an allen und jeden Sachen, die man im Vermögen hat, und also auch an fungiblen, solle vermacht werden können. Das andere habe verordnet, daß bey dem quasi usufructu rerum fungibilium der Legatar zwar das Eigenthum erhalten, aber dagegen Caution leisten solle, daß er nach geendigtem Nießbrauch eine Sache von gleicher Qualität und Quantität restituiren, oder den Werth ersetzen wolle. Allein daß der an sich unbezweifelte Inhalt des Senatusconsultums in verschiedene Kapitel zertheilt gewesen sey, davon finden sich keine Spuren.

rum usufructum, (nec enim poterat) *sed per cautionem quasi usufructum constituit*. Es ist daher eine ganz unrichtige Hypothese, wenn Galvanus⁶¹⁾ behaupten will, daß der quasi usufructus nicht sowohl durch das *Senatusconsultum* selbst, als vielmehr durch die Interpretation der Römischen Rechtsgelehrten sey eingeführt worden⁶²⁾. Aus allem ergiebt sich nun soviel, daß unter dem sogenannten *Quasi usufructus* das dingliche Recht verstanden wird, eine fremde Sache dergestalt zu benutzen und zu gebrauchen, daß man sie verzehren oder weggeben darf, sofern man nämlich dem Proprietar Sicherheit dahin leistet, daß man die empfangene Sache, welche dann also unser Eigenthum wird, nach geendigtem Gebrauch in gleicher Güte, und in gleichem Maaß, oder deren Werth zurückgeben wolle⁶³⁾.

Der

61) de usufructu Cap. 3. §. 3. pag. 16.

62) Diese Meinung widerlegt noch insonderheit eine ihr gerade entgegenstehende Stelle Ulpian's in *Fragmentis* Tit. XXIV. §. 27. welche bey SCHULTING in *Iurisprud. Antejust.* pag. 638. so lautet: *Senatusconsulto cautum est, ut etiam, si earum rerum, quae in abusu continentur, ut puta vini, olei, tritici usufructus legatus sit, legatario res tradantur, cautionibus interpositis de restituendis eis, cum usufructus ad legatarium pertinere desierit*. Nirgends findet sich von einer solchen vermeintlichen Interpretation der Röm. Rechtsgelehrten eine Spur bey den Klassikern; vielmehr lehrt Ulpian noch in einer andern Stelle das Gegentheil, wenn er *L. 11. D. b. t.* sagt: *Si lanae alicui legatus sit usufructus, vel odorum vel aromatum, nullus videtur usufructus in istis iure constitutus. Sed ad Senatusconsultam erit descendendum, quod de cautione eorum loquitur*.

63) E. Greg. MAJANSII Disp. de usufructu earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur; (in eius *Disputationib. iuris*

civ.

Der wesentliche Unterschied zwischen diesem und dem eigentlichen Nießbrauche besteht also darin, daß bey demselben das Eigenthum der Sache auf den Empfänger übergeht⁶⁴⁾, welcher daher nicht, wie beym wahren usufructus geschehen muß, dieselbe individuelle Sache, die er empfangen hat, zurückgibt, sondern nur eine Sache von derselben Art in derselben Quantität und Qualität, oder deren Werth restituiert. Daher ist auch hier die Caution von ganz anderm Inhalte⁶⁵⁾, als beym eigentlichen Nießbrauch, wie Tit. IX. *Usufructuarius quemadmodum caveat* vorkommen wird. Denn der wahre Nießbrauch erlaubt keine solche Zerstörung und Veräußerung des nuznießlichen Objects, welche bey dem Quasi Usufruct dem Berechtigten freysteht⁶⁶⁾. Als Eigenthümer steht denn aber auch der Quasi Usufructuar für die Befahr, und wird von seiner Caution nicht frey, wenn die Sache durch Zufall verlohren geht⁶⁷⁾. Es ist demnach die

civ. Tom. I. Disputat. XVII.) BRENDEN de usufructu rei fungibilis, und Car. Frid. HAEBERLIN Diss. de usufructu pecuniae. Erlangae 1783.

4) L. 7. D. b. t. §. 2. I. de Usufr. Add. L. 12. D. b. t.

5) L. 7. cit. sagt: Ab eo cautio desideranda est, ut, quandoque is mortuus, aut capite deminutus sit, eiusdem qualitatis res restitatur: aut, aestimatis rebus, certae pecuniae nomine cavendum est.

6) Wenn der Vater in gewissen Fällen nach der L. 3. §. 4. et 5. C. de bonis, quae liber. Adventigen seiner Kinder veräußern darf, so ist dieß nicht ein Ausfluß seines Nuznießungsrechts, sondern ein Ausfluß des Verwaltungsrechts. S. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 574. et 576.

7) S. HAEBERLIN cit. Diss. §. 14.

Wuch. Erläut. d. Pand. 9. Th.

C c

lage des Praepositor bei diesen eigentlichen Nießbrauch
verpflichteter und sein Recht mehr geschützt, als bei
einfach usufructus, bei welchem der Praepositor
Einkauf, oder andere Entschädigung zu erhalten, in
Zustand versetzt werden muß, wie sie durch schuldungsge-
gen Gebrauch geworden ist, und, wenn die Sache der
Zustell ganz zu Grunde geht, gar nichts zurückzukehren.
Uebrigens Gegenstände des Quasi usufructus sind Ban-
ken, besonders Wein und Getreide, ferner bare Geld
(pecunia numerata)⁶⁸⁾ und Welle⁶⁹⁾. Eigentlich frag-
en wir es, ob auch Nießter dazu zu rechnen sind? Nach
Justinians⁷⁰⁾ Ansicht sind die Nießter die Gegenstände
des Quasi-Usufructus. Nach Ulpian⁷¹⁾ hingegen gehö-
ren sie zu dem eigentlichen Nießbrauch, wofür sie nicht aus-
drücklich, sicut quantitas, zum Nießbrauch verordnet wor-
den sind, so daß am Ende nur der Werth davon er-
setzt werden soll. Nach bestimmt hat sich Ulpian⁷²⁾ in
andere Stelle erklärt, wo er sagt: Si vestis usufructu
gatus sit, scripsit Pomponius, quomodo heres
pulsus sit, finito usufructu vestem reddi; attamen
obligari promissorem, si cum hoc dolo malo contraxerit
viti. Die Restitution der zum Nießbrauch gegebenen Sa-

68) Greg. MAJANUS c. d. d. §. 36.

69) §. 2. I. de Usufr. L. 7. D. h. t.

70) L. 11. D. h. t.

71) §. 2. I. de Usufr.

72) L. 15. §. 4. D. de Usufr. Si vestimentorum usufructu
legatus sit, non sicut quantitas usufructus legatur, dicendum
est, ita ut eum debere, ne abutatur.

73) L. 9. §. 3. D. Usufr. quomodo mod. serv.

Natur, wenn sie auch durch ordnungsmäßigen Gebrauch erschlechtert worden wäre, ist doch wohl unlängbar Folge des wahren usufructus⁷⁴). Man hat nun mancherley Versuche gemacht, um diese Stellen zu vereinigen, bald durch Interpretation, bald durch Emendation. Daher sind die echtsgelehrten hierüber sehr verschiedener Meinung⁷⁵). Einige⁷⁶) läugnen schlechterdings, daß Kleider zu den sunblen Sachen gehören, weil sie das wesentliche Merkmal der Sachen nicht an sich tragen, welches absolut und ausschließlich dadurch zu erkennen sey, daß sie durch den Gebrauch, wozu sie vernünftiger Weise ganz oder zum Theil bestimmt sind, sogleich und auf einmal ganz oder zu einem bestimmten Theile aufgezehrt werden. Diese halten den Kleidernießbrauch mit Ulpian für einen wahren Usus.

C. 2

) L. 1. D. Usufr. quemadm. cav.

) G. Arn. ROTGERSII Diatr. ad §. 2. I. de Usufr. sive de usufructu vestimentorum. (in *Eius apodictic. Demonstrat. ad illustrand. Ius Rom.* Vol. I. Lib. II. pag. 609. sqq.) Nic. Ge. Bernb. de LÖRZENSTEIN Dissert. de usufructu vestium. Rostorbiæ 1765. Ang. Frid. SCHOTT Diss. de usufructu vestimentorum ex voluntate constituentis vel verò vel quasi tali. (in *Opuscul.* pag. 164. sqq.) und Otto Ludwig von Eichmann: Ob der gegebene usufructus der Kleider ein verus oder quasi usufructus sey? in Desselben kleinen Abhandlungen Nr. 20.

) Ger. NOODT de Usufr. Lib. I. cap. 21. Hug. DONELLUS Commentarior. iuris civ. Lib. X. cap. 4. pag. 485. Arn. VINNIUS Commentar. ad §. 2. I. de Usufr. nr. 2. Ulr. HUBER Praelecti ad Institut. Lib. II. Tit. 4. §. 7. Ev. OTTO Comm. ad §. 2. I. de Usufr. nr. 2. Greg. MAJANSIUS cit. Diss. §. 42. — 44. de ROCCEJI iur. civ. contròv. h. t. Qu. I. WESTPHAL de libert. et servitut. praedior. §. 627. und SCHOEMAN Handbuch des Civilrechts. I. B. Nr. I. pag. 15. sqq.

Ususfructus. Wenn nun dennoch die Kleider §. 2. *l. Usufr.* geradezu zu den fungiblen Sachen gezählt werden so erklären einige ⁷⁷⁾ von dieser Partey dieses gerade für einen Irrthum der Compilatoren der Institution welcher nun so mehr in die Augen falle, da sie an ein andern Orte, nämlich §. 5. *l. de locat. conduct.* (qui usum aut vestimentorum aut argenti aut jumentum aut dedit, aut promittit etc) den Kleidergebrauch mit dem eines Silbergeschirres oder lasttragender Thiere in ganz gleiches Verhältniß setzen, und geradezu diese beiden Sachen ohne Unterschied als Gegenstände des *Modi contractus* anerkennen, welcher doch seiner Natur nach nur an nicht fungiblen Sachen Statt haben kann. Andere ⁷⁸⁾ welche in eine solche Beschuldigung einzustimmen, bedenklich finden, glauben, daß der Ausdruck *vestimenta* an der Stelle der Institutionen *περιουσιάζουσιν*, oder vielmehr *απολαμβάνουσιν* für die Materie zu nehmen sey, woraus Kleider verfertigt werden, und also den Effect für die *causa* bedeute. Denn daß die Wolle zu den Gegenständen des *Quasi-Ususfructus* gehöre, sage Ulpian selbst *l. 11. d. t.* Die Bedeutung weiche freylich vom gemeinen Sprachgebrauche ab. Allein es trete hier die Regel des *Marcellus* ein, *l. 69. pr. D. de legat. 3.*, nach welcher dem Anrede- oder Testator eine solche Abweichung erlaubt wird, wenn es offenbar ist, daß der Redende das nicht gemeint haben könne was das Wort, welches er gebraucht hat, in seiner eigentlichen Bedeutung ausdrückt. Noch andere ⁷⁹⁾ hingegen

77) Als NOODT, VINNIUS, HUBER, WESTPHAL, SCHOEMAN

78) J. B. DONELLUS a. a. O.

79) Als MAJANSIUS und de COCCHEI II. c.

erstehen die Stelle in den Institutionen von Kleidern, welche geschätzt, und also nach ihrem Abschätzungs-Preis zu restituiren sind. Eine zweite Parthei der Rechtsgelehrten⁸⁹⁾ nimmt zur Regel an, daß Kleider im Zweifel in Gegenstand des quasi usufructus sind. Denn werden sie auch nicht, wie andere fungible Sachen, gleich durch den ersten Gebrauch, den man davon macht, consumirt, so werden sie doch, wie auch die Natur der Sache mit sich bringt, durch öftern Gebrauch verdorben, und endlich ganz aufgetrieben und zum fernern Gebrauche untauglich. Kleider sind also ihrer Natur nach fungible Sachen, zu denen sie Justinian §. 21 *L. de usufr.* mit Recht zählt. *Sufficit ad eorum fungibilitatem naturam, sicut et cetera consumuntur vel minus potius per usum ordinariam.* Jedoch können denselben auch ein wahrer Nießbrauch Statt haben, wenn es der Testator ausdrücklich verordnet hat, daß die Kleider nach geendigtem Gebrauche, wie sie sind, restituirt werden sollen. Dies sey der Fall, von welchem Ulpian in *L. 15. §. 4. D. de usufr.* wie aus dem ganzen Zusammenhang erhelle. Denn Ulpian's Absicht sey, zu zeigen, was dem Usufructuar in Ansehung der Sache erlaubt sey, an welcher ihm ein wahrer Nießbrauch constituirte worden ist. Zu dem Ende seye es §. 3. nach Labeo die allgemeine Regel fest: *usufructuarius in omnibus debet mobili-*

§. 3.

89) SCHOTT Diss. cit. de usufructu vestimentorum, Cap. IV. (in *Opuscul. iurid.* pag. 201. sqq.) HAUBOLD ad *Bergeri Oecon. iuris* Tom. I. Lib. II. Tit. 3. Th. 19. not. c. pag. 340. *Lud. God.* MADHON Princip. iuris Rom. P. II. §. 354. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1129. nr. II. THIBAUT System des P. R. 2. B. §. 610. a. C. KONOPAK Institutionen des Röm. Rechts? §. 180. not. h.

bus modum eam tenere debere, ne sua feritate vel saeva corrumptat. und erläutere dieselbe §. 4. durch das Spiel des vermachten Kleidernießbrauchs, bemerke aber bey ausdrücklich, daß er nicht von dem *ususfructus vestimentorum* rede, wie er gewöhnlich vermacht wird, sondern von dem besondern Falle, der von der gemeinen Regel weicht, nämlich *si ususfructus vestium non ita legitur, sicut quantitatis ususfructus legitur, h. e. si verarum ususfructus constitutus sit.* Hier müsse der Usfructuar die Kleider so gebrauchen, *ne abutatur*, weil sie in Natur verfaulen muß. Bey dieses nicht bey der Constitution des *ususfructus* ausdrücklich festgesetzt, bleibe es bey der Regel, welche Justinian giebt, nach welcher Kleider unter die Gegenstände des quasi *ususfructus* gerechnet werden müßten.

Eine dritte Parthei der Rechtsgelehrten⁸¹⁾, an deren Spitze die Glossatoren⁸²⁾ stehen, unterscheiden zwischen Alltagskleidern und Feiertagskleidern. Bey jenen könne nur ein Quasi-*ususfructus*, bey diesen aber auch ein wahrer Nießbrauch Statt haben. Diese Meinung ist in der Praxis angenommen seyn⁸³⁾.

81) Franc. HOTOMANUS in Commentar. ad §. 2. l. de Usu pag. 140. Osm. HELLIGER in Donatio enucl. Lib. X. cap. II. in B. Contr. RITTERSHUSIUS Commentar. ad §. 2. l. de Usu pag. 195. Io. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 4. stru Syntagm. iur. civ. Exercit. XII. Th. 39. EMMINGHAUS ad co CEJI lus civ. contr. h. t. Qu. I. not. p. Tom. II. p. 24.

82) ACCURSIVUS in Gloss. ad §. 2. l. de Usufr. et ad L. 15. §. D. eod.

83) de BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. 19. Not. und Höpfners Commentar über die Institutionen §. 3 a. C.

Von allen diesen Meinungen geht Arnold Rorgerius²⁴⁾ ab. Er sagt, Kleider sind ihrer Natur nach res non fungibiles. Dies sey auch immer die Meinung der Alten gewesen. Daher reden die römischen Juristen von Kleidern überall, als von nicht fungiblen Sachen, und betrachten sie auch als Gegenstände solcher Contracte, bey denen die Restitution der Sache in Natur wesentliche Bedingung ist²⁵⁾. Nach der strengen Lehre des Rechts sey daher auch der vermachte Kleidernießbrauch ein wahrer usufructus. Allein in der Folge sey durch ein besonderes Recht eingeführt worden, daß blos in der Materie vom Nießbrauche allein, die täglichen Kleider nach dem Recht der fungiblen Sachen beurtheilet, und der daran bestellte Nießbrauch für einen quasi usufructus gehalten werden sollte. Dieses sey freylich contra rationem iuris eingeführt, und es scheine die Gesetzgeber hauptsächlich der Grund dazu bevoogen zu haben, weil sonst die Proprietät dem Erben unnuß gemacht würde, wenn die Kleider, welche vielleicht der Erblasser selbst schon eine Zeitlang getragen hatte, durch den täglichen Gebrauch des Usufructuars vollends abgenutzt worden wären. Von diesem Rechte seiner Zeiten rede Justinian §. 2. *I. de Usufr.* Ein Irrthum lasse sich also der nicht annehmen, weil ihn sonst Justinian, der auf die Verbesserung des Rechts soviel Fleiß verwandte, und em ein solcher Irrthum in einem Buche, worüber die Anfangsgründe des Rechts öffentlich gelehrt wurden, nicht

C c 4

lang

24) Diatr. de usufructu vestimentor. Cap. 3. *Apodicticar. Demonstration.* Lib. II. pag. 652. sqq.

25) *L. 5. §. 8. D. Commod. L. ult. D. de condict. ob turp. vel iniust. caus.*

lange unbekannt bleiben konnte, abzuändern gewiß nicht u
terlassen haben würde. Der Kaiser gedente also §. 2.
der Kleider nicht darum, um seinen Begriff von fungibil
Sachen dadurch zu erklären; denn ihre Natur widerstre
demselben, sondern sie seyn nur mit angeführt worden,
sofern sie auch Gegenstände des quasi ususfructus sin
Ben andern Kleidern, die nicht zum täglichen Gebrauch
dienen, sondern nur bey gewissen Gelegenheiten getragen we
den, finde ein eigentlicher ususfructus Statt; und dies
könne auch an alltäglichen Kleidern constituiert werden
wenn es nämlich der Testator ausdrücklich verordnet hab
daß sie nicht nach dem Werthe, sondern in Natur zurück
gegeben werden sollen, von welchen beyden Fällen Ulpian
L. 15. §. 4. *D. de usufr. rede.*

Galvanus ⁸⁶⁾ glaubt, man müsse lediglich auf den
Willen des Testators sehen. Die Bestimmung desselben
entscheide daher, ob der Nießbrauch an Kleidern ein eigent
licher oder nur ein uneigentlicher sey. Denn hätte der Te
stator die Kleider *ad usum* gelegt, so daß sie in Natur re
stituiert werden müßten, so sey ein wahrer Nießbrauch vo
handen; hätte er sie hingegen *ad abusum*, zur Abnutzung
vermacht, so daß nur der Werth derselben restituiert we
den solle, so existire ein quasi ususfructus. Was aber d
Wille des Erblassers sey, müsse, wenn er nicht aus de
ausdrücklichen Worten erkannt werden kann, aus den Um
ständen gemuthmaßt werden.

—komme... 28. 29

Zule

—pt 28. 29

Inlezt muß ich noch einer besondern Meinung derjenigen Rechtsgelehrten ⁸⁷⁾ gedenken, welche zwar den Kleidvermuthlich für einen Quasusufructus halten, und Kleid der ohne Unterschied, es sey von alltäglichen oder Feierkleidern die Rede, mit Immobilien zu den fungiblen Sachen rechnen, allein einen Unterschied machen zwischen Kleidern und andern fungiblen Sachen, als Wein, Getraide, Geld. Nur letztere sehen von der Art, ut usufructuarius. Von diesen werde der Usufructuar Eigenthümer, und restituire am Ende nur eine gleiche Quantität von derselben Art und Güte. Kleider hingegen wären solche fungible Sachen, quae usu tantum minuuntur. Von diesen gehe das Eigenthum nicht auf den Usufructuar über, sondern dies müßten in Natur zurückgegeben werden. Daher müsse der Usufructuar hier, wie beim wahren usufructus, Caution machen, se boni viri arbitratus usurum. Dieser Satz verfehlet, glauben diese Rechtsgelehrten, sey L. 15. §. 1. D. de usufr. klar enthalten.

Ich habe mich nun schon an einem andern Orte (S. 631 S. 174.) für die erste Meinung erklärt, und hatte nach den deutlichen Stellen Ulpians den Kleidvermuthlich ohne Unterschied, ob von alltäglichen, oder Feierkleidern die Rede ist, für einen wahren Usufructus, sofern bei der Bestellung desselben nichts besonders darüber bestimmt worden ist. Ich muß jedoch hier noch bemerken, daß die Worte Ulpians: non sicut quantitatis usufructus, legatur in der

87) Marc. LYELAMA & NYHOET Membranar. Vol. I. Lib. IV. Eccl. 24. Claud. CANTIUNCULA Paraphrae. in res priores Institut. civil. libros (Lugdun. 1750. 8.) Lib. II. Tit. 4. pag. 264. Elbert. LUDOVICUS Commentar. de usufructu. Cap. XII. und Inst. MEIER Colleg. argentorat. h. t. §. 3.

lage des Proprietars bey diesem uneigentlichen Nießbrauch vorthellhafter und sein Recht mehr gesichert, als bey dem wahren usufructus, bey welchem der Proprietar die Sache, ohne weitere Entschädigung zu erhalten, in den Zustand zurücknehmen muß, wie sie durch ordnungsmäßigen Gebrauch geworden ist, und, wenn die Sache durch Zufall ganz zu Grunde geht, gar nichts zurückerhält.⁶⁸⁾ Unstreitige Gegenstände des Quasi usufructus sind Victualien, besonders Wein und Getraide, ferner baar Geld (pecunia numerata)⁶⁹⁾ und Wolle.⁷⁰⁾ Streitig hingegen ist es, ob auch Kleider dazu zu rechnen sind? Nach Justinians⁷¹⁾ Ansicht sind die Kleider ein Gegenstand des Quasi usufructus. Nach Ulpian⁷²⁾ hingegen gehören sie zu dem eigentlichen Nießbrauche, wosfern sie nicht ausdrücklich, sicut quantitas, zum Nießbrauch vermacht werden sind, so daß am Ende nur der Werth davon ersetzt werden soll. Noch bestimmter hat sich Ulpian⁷³⁾ in einer andern Stelle erklärt, wo er sagt: Si vestis usufructus legatus sit, scripsit Pomponius, quamquam heres impetratus sit, finito usufructu vestem reddi; attamen obligari promissorem, si eam sine dolo malo attritam reddiderit. Die Restitution der zum Nießbrauch gegebenen Sa-

68) Greg. MAJANSIUS cit. Diff. §. 36.

69) §. 2. I. de Usufr. L. 7. D. b. t.

70) L. 11. D. b. t.

71) §. 2. I. de Usufr.

72) L. 15. §. 4. D. de Usufr. Si vestimentorum usufructus legatus sit, non sicut quantitatis usufructus legetur, dicendum est, ita uti eum debere, ne abutatur.

73) L. 9. §. 3. D. Usufr. quemadmod. cav.

Natur, wenn sie auch durch ordnungsmäßigen Gebrauch erschlechtert worden wäre, ist doch wohl unläugbar Folge des wahren usufructus⁷⁴). Man hat nun mancherley Versuche gemacht, um diese Stellen zu vereinigen, bald durch Interpretation, bald durch Emendation. Daher sind die Rechtsgelehrten hierüber sehr verschiedener Meinung⁷⁵). Einige⁷⁶) läugnen schlechterdings, daß Kleider zu den sunstigen Sachen gehören, weil sie das wesentliche Merkmal solcher Sachen nicht an sich tragen, welches absolut und ausschließlich dadurch zu erkennen sey, daß sie durch den Gebrauch, wozu sie vernünftiger Weise ganz oder zum Theil bestimmt sind, sogleich und auf einmal ganz oder zum bestimmten Theile aufgezehrt werden. Diese halten so den Kleidernießbrauch mit Ulpian für einen wahren

C. c. 2.

Usus.

) L. 1. D. Usufr. quemadm. cav.

) G. Arn. ROTGERSII Diatr. ad §. 2. I. de Usufr. sive de usufructu vestimentorum. (in *Eius apodictic. Demonstrat. ad illustrand. Ius Rom.* Vol. I. Lib. II. pag. 609. sqq.) Nic. Ge. Bernb. de LÖRWEINSTEIN Dissert. de usufructu vestium. Rostochii 1765. Aug. Frid. SCHOTT Diss. de usufructu vestimentorum ex voluntate constituentis vel vero vel quasi tali. (in *Opuscul.* pag. 164. sqq.) und Otto Ludwig von Eichmann: Ob der gegebene usufructus der Kleider ein verus oder quasi usufructus sey? in Desselben kleinen Abhandlungen Nr. 20.

) Ger. NOODT de Usufr. Lib. I. cap. 21. Hug. DONELLUS Commentarior. iuris civ. Lib. X. cap. 4. pag. 485. Arn. VINNIUS Commentar. ad §. 2. I. de Usufr. nr. 2. Ullr. HUBER Praelecti ad Institut. Lib. II. Tit. 4. §. 7. Ev. OTTO Comm. ad §. 2. I. de Usufr. nr. 2. Greg. MAJANSIUS cit. Diss. §. 42. — 44. de COCCERJI iur. civ. contröv. h. t. Qu. I. WESTPHAL de libert. et servitut. praedior. §. 627. und SCHOEMAN Handbuch des Civilrechts. I. B. Nr. k pag. 15. sqq.

Ususfructus. Wenn nun dennoch die Kleider §. 2. *Usufr.* geradezu zu den fungiblen Sachen gezählt w so erklären einige ⁷⁷⁾ von dieser Parthen dieses ge für einen Irrthum der Compileren der Institut welcher um so mehr in die Augen falle, da sie an andern Orte, nämlich §. 5. *I. de locat. conduct.* (qu usu aut *vestimentorum* aut *argenti* aut *jumenti* in dem aut *dedit*, aut *promittit* etc.) den Kleidergel mit dem eines Silbergeschirres oder lasttragender in ganz gleiches Verhältniß setzen, und geradezu diese erlen Sachen ohne Unterschied als Gegenstände des *contracts* anerkennen, welcher doch seiner Natur nach an nicht fungiblen Sachen Statt haben kann. Ander welche in eine solche Beschuldigung einzustimmen, köthlich finden, glauben, daß der Ausdruck *vestimenta* an Stelle der Institutionen *astrorum*, oder vielmehr *doxum* für die Materie zu nehmen sey, woraus Kle verfertigt werden, und also den Effect für die *causa* deute. Denn daß die Wolle zu den Gegenständen Quasi-*Ususfructus* gehöre, sage *Ulpian* selbst *L. ii b. t.* Die Bedeutung welche freylich vom gemeinen G gebrauchte ab. Allein es trete hier die Regel des *Mus* ein, *L. 69. pr. D. de legat. 3.*, nach welcher dem leger eine solche Abweichung erlaubt wird, wenn es bar ist, daß der Redende das nicht gemeint haben was das Wort, welches er gebraucht hat, in seiner lichen Bedeutung ausdrückt. Noch andere ⁷⁹⁾ h

77) Als NOODT, VINNIUS, HUBER, WESTPHAL, SCHÖN

78) J. B. DONELLUS a. a. O.

79) Als MAJANSIUS und de COCCIJ *ll. cc.*

erstehen die Stelle in den Institutionen von Kleidern, welche geschätzt, und also nach ihrem Abschätzungs-Preis restituiren sind. Eine zweite Parthei der Rechtsgesetzten ⁸⁹⁾ nimmt zur Regel an, daß Kleider im Zweifel in Gegenstand des quasi usufructus sind. Denn werden sie auch nicht, wie andere fungible Sachen, gleich durch den ersten Gebrauch, den man davon macht, consumirt, werden sie doch, wie auch die Natur der Sache mit sich bringt, durch öftern Gebrauch verdorben, und endlich ganz aufgegeben und zum fernern Gebrauche untauglich. Kleider sind also ihrer Natur nach fungible Sachen, zu denen sie Justinian §. 21 *I. de usufr.* mit Recht zählte. *Sufficit ad usufructum fungibilium naturam*, sagen diese, *consumi eas vel minui potius per usum ordinarium*. Jedoch können denselben auch ein wahrer Nießbrauch Statt haben, wenn es der Testator ausdrücklich verordnet hat, daß die Kleider nach geendigtem Gebrauche, wie sie sind, restituirt werden sollen. Dies sey der Fall, von welchem Ulpian de L. 15. §. 4. *D. de usufr.* wie aus dem ganzen Zusammenhang erhehle. Denn Ulpian's Absicht sey, zu sehen, was dem Usufructuar, in Ansehung der Sache erlaubt, an welcher ihm ein wahrer Nießbrauch constituirte worden ist. Zu dem Ende setze er §. 2. nach Lebes die allgemeine Regel fest: *usufructuarius in omnibus debet mobili-*

§. 3

89) SCHOTT Diss. cit. de usufructu vestimentorum, Cap. IV. (in *Opuscul. iurid.* pag. 201. lqq.) HAUBOLD ad Bergeri *Oecon. iuris* Tom. I. Lib. II. Tit. 3. Th. 19. not. c. pag. 340. *Lud. God. MADIHN Princip. iuris Rom.* P. II. §. 354. HOFACKER *Princip. iuris civ.* Tom. II. §. 1129. nr. II. THIBAUT *Système des P. R.* 2. B. §. 610. a. C. KONOPAK *Institutionen des Röm. Rechts* §. 180. not. h.

bus modum etiam tenere debere, ne sua feritate vel saevitia corrumpat, und erläutere dieselbe §. 4. durch das Beispiel des vermachten Kleiderneßbrauchs, bemerke aber eben ausdrücklich, daß er nicht von dem *ususfructus vestimentorum* rede, wie er gewöhnlich vermacht wird, sondern von dem besondern Falle, der von der gemeinen Regel abweicht, nämlich *si ususfructus vestium non ita legatus sit, sicut quantitatis ususfructus legatur*, h. e. *si vestiarum ususfructus constitutus sit*. Hier müsse der Usufructuar die Kleider so gebrauchen, *ne abutatur*, weil sie in Natur *consumuntur* muß. Bei dieses nicht bei der Constitution des *ususfructus* ausdrücklich festgesetzt, bleibe es bei der Regel, welche Justinian giebt, nach welcher Kleider unter die Gegenstände des *quasi ususfructus* gerechnet werden müssen.

Eine dritte Parthei der Rechtsgelehrten⁸¹⁾, an deren Spitze die Glossatoren⁸²⁾ stehen, unterscheiden zwischen Alltagskleidern und Feierkleidern. Den jenen könne nur ein Quasi-Ususfructus, den diesen aber auch ein wahrer Neßbrauch Statt haben. Diese Meinung ist in der Praxis angenommen seyn⁸³⁾.

81) Franc. HOTMANNUS in Commentar. ad §. 2. l. de Usufr. pag. 140. Osm. HILLIGER in Donello. enucl. Lib. X. cap. IV. in B. Contr. RITTERSHUSIUS Commentar. ad §. 2. l. de Usufr. pag. 195. Io. VORT Commentar. ad Pand. h. t. §. 4. STRUSSIUS Syntagma for. civ. Exercit. XII. Th. 39. EMMINGHAUS ad COCCETTIUS civ. contr. h. t. Qu. I. not. p. Tom. II. p. 24.

82) ACCURSIUS in Gloss. ad §. 2. l. de Usufr. et ad L. 15. §. 1. D. eod.

83) de BERGER. Oecon. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. 19. Not. 1. und Höpfners Commentar über die Institutionen §. 374 a. E.

Von allen diesen Meinungen geht Arnold Kotgerius⁸⁴⁾ ab. Er sagt, Kleider sind ihrer Natur nach res non fungibiles. Dies sey auch immer die Meinung der Alten gewesen. Daher reden die römischen Juristen von Kleidern überall, als von nicht fungiblen Sachen, und betrachten sie auch als Gegenstände solcher Contracte, bey denen die Restitution der Sache in Natur wesentliche Bedingung ist.⁸⁵⁾ Nach der strengen Lehre des Rechts sey daher auch der vermachte Kleidernießbrauch ein wahrer usufructus. Allein in der Folge sey durch ein besonderes Recht eingeführt worden, daß blos in der Materie vom Nießbrauche allein, die täglichen Kleider nach dem Recht der fungiblen Sachen beurtheilet, und der daran bestellte Nießbrauche für einen quasi usufructus gehalten werden sollte. Dieses sey freylich contra rationem iuris eingeführt, und es scheine die Gesetzgeber hauptsächlich der Grund dazu bevoogen zu haben, weil sonst die Proprietät dem Erben unzugänglich gemacht würde, wenn die Kleider, welche vielleicht der Erblasser selbst schon eine Zeitlang getragen hatte, durch den täglichen Gebrauch des Usufructuars vollends abgenutzt worden wären. Von diesem Rechte seiner Zeiten rede Justinian §. 2. *I. de Usufr.* Ein Irrthum lasse sich also hier nicht annehmen, weil ihn sonst Justinian, der auf die Verbesserung des Rechts soviel Fleiß verwandte, und dem ein solcher Irrthum in einem Buche, worüber die Anfangsgründe des Rechts öffentlich gelehrt wurden, nicht

C 4

lang

84) Diatr. de usufructu vestimentor. Cap. 3. *Apodicticar. Demonstration.* Lib. II. pag. 652. sqq.

85) L. 5. §. 8. D. *Commod. L. ult. D. de condict. ob turp. vel iniust. caus.*

bus modum etiam tenere debere, ne sua feritate vel saevitia
ea corrumpat, und erläutere dieselbe §. 4. durch das Bei-
spiel des vermachten Kleiderneßbrauchs, bemerke aber da-
bei ausdrücklich, daß er nicht von dem ususfructus vesti-
mentorum rede, wie er gewöhnlich vermacht wird, sondern
von dem besondern Falle, der von der gemeinen Regel ab-
weicht, nämlich si ususfructus vestium non ita legatus
sit, sicut quantitatis ususfructus legatur, h. e. si verum
earum ususfructus constitutus sit. Hier müsse der Usa-
fructuar die Kleider so gebrauchen, ne abutatur, weil er
sie in Natur erhalten muß. Bey dieses nicht bey der
Constitution des ususfructus ausdrücklich festgesetzt, so
bleibe es bey der Regel, welche Justinian giebt, nach
welcher Kleider unter die Gegenstände des quasi ususfructus
gezählet werden müßten.

Eine dritte Parthei der Rechtsgelehrten⁸¹⁾, an deren
Spitze die Glossatoren⁸²⁾ stehen, unterscheiden zwischen
Alltagskleidern und Feiertagskleidern. Bey jenen
könne nur ein Quasi-Ususfructus, bey diesen aber auch
ein wahrer Neßbrauch Statt haben. Diese Meinung ist
in der Praxis angenommen seyn⁸³⁾.

81) Franc. HOTOMANUS in Commentar. ad §. 2. l. de Usuf.
pag. 140. OTH. HALLIGER in Donello enucl. Lib. X. cap. IV.
in B. Contr. RITTERSHUSIUS Commentar. ad §. 2. l. de Usuf.
pag. 195. Io. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 4. STRUY-
Syntagm. iur. civ. Exercit. XII. Th. 39. EMMINGHAUS ad co-
CEJI ius civ. controuv. h. t. Qu. I. not. p. Tom. II. p. 24.

82) ACCURSIUS in Gloss. ad §. 2. l. de Usuf. et ad L. 15. §. 4.
D. eod.

83) de BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. 19. Not. 1.
und Höpfners Commentar über die Institutionen §. 374
a. c.

Von allen diesen Meinungen geht Arnold Kotgerius⁸⁴⁾ ab. Er sagt, Kleider sind ihrer Natur nach res non fungibiles. Dies sey auch immer die Meinung der Alten gewesen. Daher reden die römischen Juristen von Kleidern überall, als von nicht fungiblen Sachen, und betrachten sie auch als Gegenstände solcher Contracte, bey denen die Restitution der Sache in Natur wesentliche Bedingung ist⁸⁵⁾. Nach der strengen Lehre des Rechts sey daher auch der vermachte Kleidernießbrauch ein wahrer usufructus. Allein in der Folge sey durch ein besonderes Recht eingeführt worden, daß bloß in der Materie vom Nießbrauche allein, die täglichen Kleider nach dem Recht der fungiblen Sachen beurtheilet, und der daran bestellte Nießbrauch für einen quasi usufructus gehalten werden sollte. Dieses sey freylich contra rationem iuris eingeführt, und es scheine die Gesetzgeber hauptsächlich der Grund dazu bevoogen zu haben, weil sonst die Proprietät dem Erben unzulänglich gemacht würde, wenn die Kleider, welche vielleicht der Erblasser selbst schon eine Zeitlang getragen hatte, durch den täglichen Gebrauch des Usufructuars vollends abgenutzt worden wären. Von diesem Rechte seiner Zeiten rede Justinian §. 2. *I. de Usufr.* Ein Irrthum lasse sich also hier nicht annehmen, weil ihn sonst Justinian, der auf die Verbesserung des Rechts soviel Fleiß verwandte, und dem ein solcher Irrthum in einem Buche, worüber die Anfangsgründe des Rechts öffentlich gelehrt wurden, nicht

Ec 4

lang

84) Diatr. de usufructu vestimentor. Cap. 3. *Apodicticar. Demonstration.* Lib. II. pag. 652. sqq.

85) *L. 5. §. 8. D. Commod. L. ult. D. de condict. ob turp. vel iniust. caus.*

lange unbekannt bleiben konnte, abzuändern gewiß nicht unterlassen haben würde. Der Kaiser gedenke also §. 2. ci der Kleider nicht darum, um seinen Begriff von fungiblen Sachen dadurch zu erklären; denn ihre Natur widerspricht demselben, sondern sie seyn nur mit angeführt worden, in sofern sie auch Gegenstände des quasi ususfructus sind. Bey andern Kleidern, die nicht zum täglichen Gebrauch dienen, sondern nur bey gewissen Gelegenheiten getragen werden, finde ein eigentlicher ususfructus Statt; und diese Forme auch an alltäglichen Kleidern constituiert werden, wenn es nämlich der Testator ausdrücklich verordnet habe, daß sie nicht nach dem Werthe, sondern in Natur zurück gegeben werden sollen, von welchen beyden Fällen Ulpian L. 15. §. 4. D. de usufr. rede.

Galvanus ⁸⁶⁾ glaubt, man müsse lediglich auf den Willen des Testirers sehen. Die Bestimmung desselben entscheide daher, ob der Meßbrauch an Kleidern ein eigentlicher oder nur ein uneigentlicher sey. Denn hätte der Testirer die Kleider *ad usum* legirt, so daß sie in Natur restituirt werden müßten, so sey ein wahrer Meßbrauch vorhanden; hätte er sie hingegen *ad abusum*, zur Abnutzung vermacht, so daß nur der Werth derselben restituirt werden solle, so existire ein quasi *ususfructus*. Was aber der Wille des Erblassers sey, müsse, wenn er nicht aus den ausdrücklichen Worten erkannt werden kann, aus den Umständen gemuthmaßt werden.

Julius muß ich noch einer besondern Meinung derjenigen Rechtsgelehrten ³⁷⁾ gedenken, welche zwar den Klee demesthlich für einen Quasusufructus halten, und Klee der ohne Unterschied, es sey von alltäglichen oder Feuertleibern die Rede, mit Juncibus zu den fungiblen Sachen rechnen, allein einen Unterschied machen zwischen Kleibern und andern fungiblen Sachen, als Wein, Getraide, Get. Nur letztere seyen von der Art, ut usufructuarius. Von diesen werde der Usufructuar Eigentümer, und restituire am Ende nur eine gleiche Quantität von derselben Art und Gatt. Kleiber hingegen wären solche fungible Sachen, quae usu tantum minuuntur. Von diesen gehe das Eigenthum nicht auf den Usufructuar über, sondern dies müßten in Natur zurückgegeben werden. Daher müsse der Usufructuar hier, wie beim wahren usufructus, Satisfaction machen, se boni viri arbitratu his usurum. Dieser Unterschied, glauben diese Rechtsgelehrten, sey L. 15. §. 1. D. de usufr. klar enthalten.

Ich habe mich nun schon an einem andern Orte (§. 631) S. 174.) für die erste Meinung erklärt, und halte nach den deutlichen Stellen Ulpians den Klee demesthlich ohne Unterschied, ob von alltäglichen, oder Feuertleibern die Rede ist, für einen wahren Usufructus, sofern bei der Bestellung desselben nichts besonders darüber bestimmt worden ist. Ich muß jedoch hier, noch bemerken, daß die Worte Ulpiani: non sicut quantitatis usufructus, legatur in der

37) Marc. LYPHAMA a NYHOET Membranar. Vol. I. Lib. V. Eccl. 24. Claud. CANTUNCULA Paraphrae. in res priores institut. civil. libros (Lugdun. 1750. 8.) Lib. II. Tit. 4. pag. 264. Elbert. LEONINUS Commentar. de usufructu. Cap. XII. und Inst. MEIER Colleg. argenterat. h. t. §. 3.

stande zurückgebe, wie sie durch ordnungsmäßigen Gebrauch geworden sind, wenn sie auch durch den Gebrauch verschlechtert worden wären. Ja selbst die zwischen dem Erben und dem Legatar getroffene Verabredung: *finito usufructum vestem reddi*, verpflichtet letztern nicht einmal zu einiger Entschädigung. Es läßt sich also die Erklärung derjenigen auf keine Weise rechtfertigen, welche Ulpian's Stellen von einem solchen Falle verstehen wollen, wo der Kleidernießbrauch mit dem besondern Zusatz der Nichtfungibilität; und also als ein wahrer Nießbrauch ausdrücklich vermacht worden ist. Eben so wenig ist aber auch erwelslich, daß dieses Recht, wovon Ulpian spricht, durch neuere Gesetze geändert worden. Eine solche Abänderung ist weder aus L. 25. C. de usufr., worauf sich einige berufen, noch aus §. 2. I. de usufr. ersichtlich. L. 25. C. cit. beweist vielmehr das Gegentheil. Es heißt nämlich darin: *Pro auro et argento et veste facto ehirographio licitas solvi, vel promitti usuras iurissimus*. Hier werden die Kleider mit Gold und Silbersachen in eine Classe gesetzt. Zum offenbaren Beweise, daß sie an sich zu den nicht fungiblen Sachen gehören. Denn die Frage war, wenn über eine Gold, Silber, und Kleiderforderung eine Handschrift ausgestellt worden ist, wodurch sich der Schuldner zur Bezahlung des Werths verbindlich gemacht hat, ob von einer solchen schuldigen Quantität Zinsen versprochen werden können? Die Kaiser Diocletian und Maximian entscheiden die Frage bejahend. Wäre hier nicht vom auro und argento facto die Rede, wie sich ohnehin immer schon von selbst versteht⁹⁴⁾; wollte man nicht

94) L. 3. §. ult. D. de Usur. L. 7. L. 11. L. 15. L. 19. D. de de auro, argento, mundo etc. leg. Davon ist sowohl certum aut
vel

nicht voraussetzen, daß das Gesetz von solchen Sachen rede, welche an sich nicht fungibel sind; wollte man nicht den Entscheidungsgrund darin setzen, daß sie durch die darüber ausgestellte Handschrift in ein *debitum quantitatis* verwandelt worden sind, so würde die ganze Entscheidung ohne Nutzen und Interesse seyn, da sich's ja schon von selbst versteht, daß bey allen Verbindlichkeiten, welche über fungible Sachen contrahirt worden sind, Zinsen stipulirt werden können⁹⁵). Daß man bey alltäglichen Kleidern eine Ausnahme gemacht habe, findet sich nirgends, und es ist eine ganz willkührliche Hypothese, wenn man meint, die Worte: *quae usu minuuntur*, gingen auf Kleider. Ja es läßt sich um so weniger annehmen, daß die Verfasser der Pandecten um der Kleider willen in der Rubrik dieses Titels das Wort *minuuntur* noch hinzugefügt haben sollten, da in dem ganzen Titel von dem usufructu vestimentorum gar keine Rede ist. Das Wort *minuuntur* geht vielmehr auf fungible Sachen, wozu Kleider an sich nicht gehören, wie aus L. 1. D. b. 1. erhellet. Denn offenbar wird hier von solchen Sachen, die ihrer Natur nach keinen wahren Mißbrauch zulassen, gesagt: *usu tolluntur vel minuuntur*. Ersteres geht also vielmehr auf die Consumtion selbst, letzteres auf die Verminderung der Quantität⁹⁶). Unerhört ist es ferner, daß die Materie, woraus Kleider gemacht werden, in den Gesetzen je *vestimentum* wäre genannt

vel argenti pondus, als pecunia signata unterschieden. L. 1. §. 1. L. 9. L. 19. pr. D. eod.

95) S. ROTGERSIUS cit. Distr. Cap. II. §. 12. — 14.

96) ROTGERSIUS Cap. III. §. 17.

nennt worden. Das Gegentheil lehrt Ulpian ⁹⁷⁾). Die Kleider können zwar geschätzt werden, und dann ist der daran ertheilte Nießbrauch ein quasi usufructus. Allein daß Justinian §. 2. *D. de Usufr.* von geschätzten Kleidern rede, ist aus dieser Stelle nicht zu ersehen, und dann können ja durch Schätzung alle Sachen zu fungiblen gemacht werden, wenn blos der Werth derselben wieder erstattet werden soll. *Nam aestimatio facit periculum eius; qui eam se praestitutum recepit* ⁹⁸⁾). Auch Wissenbach ⁹⁹⁾ und Zeineccius ¹⁰⁰⁾ halten es daher für einen Irrthum des Tribonians, wenn §. 2. *I. de usufr.* die Kleider zu den fungiblen Sachen gerechnet werden.

Nicht minder streitig ist die Frage, ob *nominia*, d. i. ausstehende Capitalien und Schuldsforderungen, als ein Gegenstand des wahren usufructus zu betrachten sind, oder ob der daran bestellte Nießbrauch nur ein quasi usufructus sey? Es betrifft diese Frage nicht die Controvers, deren Ulpian *L. 3. D. b. i.* gedenkt, wenn er da selbst sagt: *Post quod sc. Senatusconsultum omnium rerum usufructus legari poterit. An et nominum?* NERVA negavit. Sed est verius, quod CASSIUS et PROCULUS existimant, posse legari. Idem tamen Nerva, ipsi quoque debitori posse usufructum legari, scribit, et

97) *L. 22. D. de auro, argento etc. leg.*

98) *L. 5. §. 3. D. Commodati. L. 1. §. 1. D. de aestimatoria.*

99) *Commentar. ad Institut. Disputat. XII. §. 7.*

100) *Annotat. in VINNII Commentar. in Institut. ad §. 2. I. de usufructu.*

et remittendas ei usuras. Nerva¹⁾ war nicht der Meinung, als ob der usufructus nominum etwa in dem Falle für einen wahren Mißbrauch zu halten sey, da der Usufructuar das Capital nicht erheben darf, sondern bloß die Zinsen genießen soll; hingegen ein quasi usufructus sey, wenn dem Schuldner selbst der Mißbrauch des schuldtigen Capitals vermacht worden ist, wie Ulrich Zuber²⁾ diese Stelle erklärt. Nein, Nerva läugnete, daß an Schuldsforderungen überhaupt ein Mißbrauch gelegt werden könne, nachdem auch durch das Senatusconsultum ein quasi usufructus eingeführt war, wofern nicht dem Schuldner selbst der usufructus nominis wäre hinterlassen worden³⁾. Nur in diesem Falle allein nahm er einen quasi usufructum nominis an, weil es hier keiner Klage bedürfte, sondern der Schuldner vermöge des legats nur eine Befreyung von der Zinsenzahlung genieße. Denn sein Zweifelsgrund war hauptsächlich der, daß nomina nicht sowohl zu den fungibeln, als vielmehr zu den unförperlichen Sachen gehören, und, als persönliche Forderungen, nicht wohl auf einen Dritten, der nicht des Gläubigers Erbe ist, übergehen könnten, zumal wenn es, wie gewöhnlich, wenn der Schuldner seiner Pflicht kein Genüge leistet, zur Klage

1) Vermuthlich M. COCCERJUS NERVA Pater, wie Abr. WIELING in Iurisprud. restit. T. I. pag. 333. und Io. Aug. BACH Hist. Jurispr. Rom. Lib. III. cap. I. Sect. VI. §. 14. not. b. dafür halten.

2) Praelect. ad Pand. l. 1. §. 2.

3) C. Car. Fried. WALCHII Progr. Controversiam de usufructu nominis inter veteres Ictos agitatum exponens. Ienae 1758.

Klage kommt ⁴⁾). Diese Bedenkllichkeiten fanden dagegen Cassius und Proculus mit Recht ganz ungegründet, weil ja das Senatusconsultum verordnet, daß nur ohne Ausnahme an allen und jeden Sachen, die ein Mensch in seinem Vermögen hat, der Nießbrauch solle vermacht werden können, sie seyen körperliche oder unkörperliche; und überdem, wenn auch geflagt werden sollte, der Erbe durch eine *cessio nominis* dem Legatar sehr leicht zu Hülfe kommen kann. Sed et si nomen legetur, sagt Ulpian ⁵⁾ be nigne id, quod debetur, accipiendum est, ut actiones adversus debitorem cedantur. Ja Ulpian mußte hierbei noch weniger Schwierigkeiten gefunden haben, der Meinung des Cassius und Proculus beizustimmen, da zu seinen Zeiten durch Interpretation der Constitution des Kaisers schon längst eingeführt war, daß derjenige, dem eine Schuld forderung vermacht worden ist, auch sogar, ohne besondern Cession, actione utili im eignen Namen klagen könne. Dieser Streit ist also beigelegt. Allein darüber streiten die neuern Rechtsgelehrten, ob der an einem ausstehenden Capital vermachte Nießbrauch für einen wahren oder nur für einen quasi usufructus zu halten sey? Lauterbach ⁷⁾ betrachtet die *nominis* als einen Gegenstand des wahren usufructus. Struv ⁸⁾, Müller ⁹⁾

Leyser

4) G. WESTPHAL de lib. et servitut. praedior. §. 629. b. not. 555. a. pag. 411.

5) L. 44. §. 6. D. de legat. I.

6) L. 18. Cod. de legat.

7) Colleg. theor. pract. Pandect. II. c. §. 6. auch THIBAUT im Syn. des P. R. 2. B. §. 610.

8) Synt. iur. civ. Exercit. XII. Th. 39.

9) ad Struvium c. l. not. d. Tom. I. pag. 773.

Leyser ¹⁰⁾ und Walch ¹¹⁾ hingegen behaupten, daß bey ausstehenden Capitalforderungen nur ein quasi ususfructus statt habe. Häberlin ¹²⁾, Boley ¹³⁾ und Weber ¹⁴⁾ suchen beyde Meinungen dadurch zu vereinigen, daß sie einen Unterschied machen, ob der Nießbrauch von einem Capital Jemandem auf eine solche Art ertheilt worden sey, daß er blos die Zinsen davon genießen solle, das Capital selbst aber nicht erhoben werden dürfe, oder ob es auf eine solche Art geschehen sey, daß er auch über das Capital selbst verfügen darf, und am Ende nur eine gleiche Summe von derselben Güte und Art ersetzen soll. In dem ersten Falle sey der ususfructus nominis ein wahrer Nießbrauch, in dem letztern aber ein quasi ususfructus. Hier nur trage der Nutznießer die Gefahr des Capitals, dort hingegen hafte die Gefahr desselben auf dem Eigenthümer. Ferner ist der ususfructus nominis ein wahrer Nießbrauch, so könne der Proprietar keine besondere Caution fordern, sondern behalte statt derselben die Schuldverschreibung in Händen. Sofern hingegen dieser Nießbrauch ein quasi ususfructus sey, müsse die gesetzlich vorgeschriebene Caution geleistet werden ¹⁵⁾. Ich gebe der Meinung derjenigen Rechtsgelehrten

10) Meditat. ad Pand. Spec. CVI. med. 5.

11) Diff. de usufructu nominum maritali, Ienae 1767. §. 7. sqq.

12) Diff. de usufructu pecuniae §. 10.

13) Betrachtungen über verschiedene Rechtsmaterien (Stuttgart. 1800.) S. 164. Not. 222.

14) Zu Höpfners Commentar über die Institutionen. §. 374. Not. 2. S. 388.

15) S. HAEBERLIN Dissertat. cit. §. 13.

lehren den Vorzug, welche den *ususfructus nominum* bloß für einen quasi *ususfructus* halten. Denn Erstens sagt es Ulpian *L. 3. D. b. t.* ausdrücklich, daß erst nach Einführung des quasi *ususfructus* durch das *Senatusconsultum* auch nomina ein Gegenstand des Nießbrauchs haben seyn können. Daß aber der durch das *Senatusconsultum* an solchen Sachen, an welchen vormals kein *ususfructus* constituit werden konnte, gestattete Nießbrauch nur ein quasi *ususfructus* sey, lehrt Cajus in der unmittelbar vorhergehenden *L. 2. D. b. t.* mit deutlichen Worten. Zwar redet Cajus in dieser Stelle vom *ususfructu pecuniae*. Allein daß zwischen beiden Arten des Nießbrauchs in Absicht auf die rechtliche Natur und Eigenschaft derselben, kein Unterschied sey, ergiebt sich daraus ganz klar, daß Zweitens die Gesetze denjenigen, welchem der Nießbrauch von ausstehenden Capitalen vermacht ist, ausdrücklich nur zu derjenigen Caution verpflichten, die das *Senatusconsultum* beim quasi *ususfructus* vorgeschrieben hat nämlich *se tantundem restitutum esse*. Nicht nur Paulus sagt *L. 4. D. b. t. Ergo cautio etiam ab hoc* ¹⁶⁾ exigenda erit, nämlich *ab eo, cui ususfructus nominum legatus est*, wovon unmittelbar vorher die Rede war; sondern eben dies wird noch deutlicher *L. 24. D. de usu et usufr.*

16) Ant. FABER in Rational. ad h. *L. 4.* will statt *ab hoc* lieber *ob hoc* lesen. Denn nach der gemeinen Lesart würden diese Worte bloß auf den Schuldner gehen, dem der Nießbrauch von seinem debitum vermacht worden ist, von welchem Falle *L. 3. in fin.* die Rede war. *Ob hoc* hingegen gehe überbaup darauf, wenn der *ususfructus nominis* vermacht worden ist. Allein die gemeine Lesart bestätigen auch die *Basiliensis* Tom. II. pag. 282.

leg. bestimmt, wo Papinian sagt: Uxori fructu bonorum legato, foenus quoque sortium, quas defunctus collocavit, *post impletam ex Scto cautionem*, praestabitur. Igitur usuras nominum in hereditate relictorum, ante cautionem interpositam debitas, velut sortes, in cautionem deduci necesse est. Diese Caution beweist, daß es bey dem usufructu nominum ein wesentliches Erforderniß sey, daß das Geld von diesen Capitalförderungen durch den Nutznießer müsse erhoben werden können, wie aus L. 1. Cod. de usufructu erhellet, wo gesagt wird: Si usufructus omnium bonorum testamento uxoris marito relictus est: quamvis cautionem a te prohibuerit exigi, tamen non aliter a debitoribus solutam pecuniam accipere poteris, quam oblata secundum formam Senatusconsulti cautione. Sind also Jemandem bloß die Zinsen von gewissen Capitalien vermacht, so daß der legatar kein Recht an den Capitalien selbst erhält, sondern diese unter der Disposition des Erben und dessen Eigenthum verbleiben, so ist dergleichen Vermächtniß kein legatum usufructus, sondern ein legatum reddituum, welches zugleich die Eigenschaft eines annui legati hat ¹⁷⁾. Bey diesem leistet der legatar keine Caution, er ist vielmehr, da ein solches Legat nicht nur als ein bedingtes ¹⁸⁾, sondern auch in Ansehung dessen, daß die Hebung dieses Vermächtnisses, nach Maasgebung der aus den Capitalien fallenden Zinsen, auf jedes Jahr gestellet ist, als ein legatum in diem relictum anzusehen ist, zur Sicherheit des richtigen Abtrags

D d 2

der

7) L. 5. D. de annuis legat. C. G. Lud. Böhmers aus-
erlesene Rechtsfälle 1. Band. Nr. 33. Qu. I. n. 6. lqq. pag. 258.

8) L. 4. D. eod.

der vermachten Zinsen vom dem Erben eine hinlängliche Caution zu fordern berechtigt ¹⁹⁾. So wie jedoch bey diesem Vermächtniß der Legatar nicht, wie bey dem usufructu nominum, für die Gefahr der Capitalien haftet, so ist hingegen auch der Erbe bey Erhebung der Zinsen ein mehreres nicht, als seine eigne Schuld, zu vertreten verbunden ²⁰⁾, keinesweges aber dafür einzustehen pflichtig, wenn Zinsen, ohne daß ihm dabey eine Schuld zur Last fällt, nicht bezahlt werden ²¹⁾, indem das Vermächtniß des Zinsengenußes auf gleiche Weise, wie das Vermächtniß der Früchte eines Grundstücks, die stillschweigende Bedingung enthält, daßem Zinsen von den Capitalien erhoben werden können ²²⁾.

§. 645.

Bestellung des quasi usufructus. Zweck und Nothwendigkeit der Cautionleistung. Endigung des quasi usufructus.

Wenn nun hiernächst die Frage entsteht, wie der quasi usufructus constituirte werde, so geben zwar die meisten Rechtsgelehrten ²³⁾, denen auch Zellsfeld beystimmt, die Regel: *Constituitur quasi usufructus iisdem modis, quibus*

19) L. 1. §. 1. L. 5. §. 2. L. 14. D. Ut legator. vel fideicommissor. servand. causa caveat.

20) L. 108. §. 12. D. de legat. I.

21) §. 15. I. de legat. 1

22) L. 1. §. ult. D. de condit et demonstr. L. 73. D. de Verbo obligat. Böhm er a. a. O. Qu. III. n. 27. sqq. pag. 262.

23) Paul VOET Commentar. ad §. 2. I. de usufr. nr. 5. Io. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2. Ulr. HUBER Praelection. in Institutiones Lib. II. Tit. 4. §. 8. Io. Iac. WISENBACH Commentar. ad Institut. Disputat. XII. §. 5. Io. Ortow. WESTENBERG Princip

quibus verus usufructus, adeoque non tantum ultima voluntate per legatum, sed et inter vivos per pactionem. Allein viele, sowohl ältere als neuere, Rechtsgelehrte²⁴⁾ behaupten, daß der quasi usufructus sich darin von dem wahren Nießbrauche unterscheide, daß er nicht durch Vertrag, sondern bloß durch Vermächtniß bestellet werden könne. Man sagt, der quasi usufructus sey blos aus besonderer Begünstigung der letzten Willensverordnungen durch das Senatusconsultum eingeführt worden, nämlich um ihren Wirkungskreis in Absicht auf die Vermächtnisse eines quasi usufructus, welche die strenge Rechts Theorie vorher nicht zuließ, zu erweitern. Nicht nur in §. 2. I. de Usufr. werde dieses angedeutet, wenn es daselbst heißt: Sed utilitatis causa Senatus censuit, posse etiam earum rerum usumfructum constitui, quae ipso usu consumuntur; sondern das Senatusconsultum rede auch selbst ausdrücklich nur vom Vermächtniß. Senatus censuit, sagt Ulpian L. I. D. h. t. ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, usufructus legari possit. Quo Senatusconsulto inductum videtur, ut earum rerum, quae usu tolluntur, vel minuuntur, possit

cap. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 5. HOFACKER Princip. iuris civ. T. II. §. 1130. HAEBERLIN Diff. cit. de usufructu pecuniae §. 18. u. a. m.

24) Franc. CONNANUS Commentarior. iuris civ. Lib. IV. cap. 4. pag. 235. Franc. HOTOMANUS Commentar. ad §. 2. I. de usufr. p. 140. Matth. WESENBEC Commentar. in §. 2. I. de usufr. nr. 8. Ge. FRANTZKIUS Commentar. in Pand. h. t. nr. 2. Greg. MAJANSIUS in Diff. de usufructu ear. rerum, quae usu consumuntur. §. 36. GALVANUS de usufructu Cap. XIX. §. 13. pag. 211. sq. u. a. m.

fit ususfructus legari. Daher werde überall, sowohl in den Gesetzen dieses Titels, als an andern Orten, wo des quasi ususfructus Erwähnung geschieht, als §. 2. I. de usufr. L. 69. D. ad Leg. Falcid. immer nur der einzigen Entstehungsart desselben durch Vermächtniß gedacht; nirgends der Bestellung durch Vertrag. Diese verträge sich auch nicht einmal mit dem quasi ususfructus. Denn ein solches Geschäft unter den Lebendigen würde in ein Darlehn übergehen. Itaque, so sagt der würdige Connanus²⁵⁾, *Senatusconsultum arbitror inductum legatorum causa, non etiam eorum contractuum, quos appellamus inter vivos, ut ex Ulpiani verbis satis apparet, quibus dicit, Senatui censuisse, rerum omnium usumfructum legari posse; quasi iure contractus non idem liceat, ut dici posse videatur, si decem aureorum usumfructum tibi donaverim, non usumfructum constitutum esse, sed mutuum, quod mihi post mortem restitueres. In legatis autem utilitatis causa institutum est, ut quia nemo post mortem dare mutuo potest, liceret illi legando usumfructum facere, quod per contractum non posset.* Und eben so schreiben die gelehrten Verfasser der neuen französischen Pandecten²⁶⁾: *Il est évident, que l'usufruit, à l'égard des choses fongibles, ne peut jamais être qu'un simulacre, une image d'usufruit, et que c'est avec raison, que les Jurisconsultes*

25) Cit. loc. Tom. I. pag. 235.

26) Les Pandectes francaises, ou Recueil complet de toutes les Lois en vigueur, contenant les Codes civil, criminel, etc. avec des Observations formant un Traité substantiel et succinct de chaque matière par I. B. DELAPORTE et P. N. RIFFÉ-CAUBRAY. Paris 1804. 8. Tom. V. pag. 230.

sultes ont appelé ce droit un quasi-usufruit. Encore est-il certain, qu'un pareil droit ne peut être établi, que par testament; car, de quelque manière qu'il puisse être stipulé dans un acte entre-vifs, ce n'est évidemment qu'un prêt, ou une donation réversible.

Allein wenn gleich der quasi usufructus in vielen Stücken an das mutuum gränzt, so ist doch noch immer zwischen beyden ein großer Unterschied, wie Joh. Jac. Wissenbach ²⁷⁾, Ulrich Zuber ²⁸⁾, Arnold Rorger, sius ²⁹⁾, Wolsfg. Adam Lauterbach ³⁰⁾ und Joh. Orwin Westenberg ³¹⁾ gezeigt haben. Denn im Darlehn kann der Gläubiger keine Caution fordern, wosern sie ihm nicht versprochen ist; dazu kann hingegen der quasi usufructuarius rechtlich angehalten werden. Im mutuo können Zinsen stipulirt werden, aber nicht im quasi usufructu. Der quasi usufructus endiget sich ferner anders nicht, als auf die gesetzlich bestimmte Art. Ein Darlehn kann hingegen zu jeder Zeit zurückgefordert werden, wenn keine Zeit bestimmt ist. Endlich das mutuum wird in eodem genere restituirt, allein im quasi usufructu oft auch der Werth der abgenutzten Sache. Daß der Fall des Vermächtnisses bey dem quasi usufructu gewöhnlicher, als eine Bestellung durch Vertrag gewesen seyn mag, ist aus den darüber vorkom-

D d 4

mens

27) Exercitation. ad Pandect. Disputat. XIX. §. 23.

28) Praelection. ad Institut. Iustinian. Lib. II. Tit. IV. §. 8.

29) Apodicticar. Demonstration. Lib. II. Diatr. I. Cap. III. §. 39. pag. 685.

30) Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 4.

31) Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 6. et 7.

menden häufigen Stellen des Römischen Rechts nicht zu verkennen. Man mag sich auch wohl Anfangs an die Worte des *Senatusconsultum* gebunden haben. Allein nachdem einmal der *quasi ususfructus* eingeführt war, so ist kein Grund vorhanden, warum er nicht eben so gut, wie der wahre *ususfructus*, auch durch Vertrag hätte bestellt werden können ³²⁾. Vielleicht brauchten deswegen die Verfasser der Institutionen §. 2. *de usufr.* den generellen Ausdruck *constitui*. Daß übrigens ein *quasi ususfructus* eben sogut, wie ein wahrer Nießbrauch, auch *ipso iure* Statt finden könne, hat keinen Zweifel ³³⁾. Merkwürdig ist es jedoch, was Ulpian sagt *L. 5. pr. D. b. t. Hoc Senatusconsultum non solum ad eum pertinet, qui pecuniae usumfructum, vel caeterarum rerum, quas habuit, legavit, verum et si fuerint alienae*. Nach dieser Stelle kann also auch an fremden fungiblen Sachen ein *quasi ususfructus* vermacht werden. Es ist jedoch hier, eben so, wie bey dem Vermächtniß einer fremden Sache, ein Unterschied zu machen, ob der Testirer gewußt hat, daß ihm die Sache nicht gehöre, oder ob er sie aus Irrthum für die seinige gehalten habe. Nur in dem ersten Falle gilt das Legat, in dem letztern hingegen ist es ungültig. Die Wirkung ist auch hier die nämliche. Der Erbe muß in jenem ersten Falle dem Legatar den vermachten Nieß-

32) VINNIUS in Comm. ad §. 2. I. de Usufr. nr. 3. ad verb.

Utilitatis causa sagt ganz recht: *Semel admisso et recepto in legatis harum rerum usufructu, nihil admodum video, quod obstat, quominus id ius produci possit ad conventiones.*

33) HAEERLIN cit. Diff. §. 21.

Nießbrauch zu verschaffen suchen ³⁴⁾. Will der Eigenthümer die dazu vermachte Sache nicht verkaufen, so muß der Erbe eine andere Sache von derselben Qualität und Quantität anschaffen, oder den Werth der Sache zur Nutznießung prästiren ³⁵⁾. Hat der Testirer fremde Gelder, oder andere fungible Sachen, welche er selbst im Besiz hatte, aus Irrthum für sein Eigenthum gehalten, und daran einen quasi usumfructum vermacht; so erwirbt der Legatar durch eine consumptio bona fide facta daran das Eigenthum, wie beim Darlehn ³⁶⁾, und der quasi usufructus wird dadurch gültig ³⁷⁾.

Da es bey dem quasi usufructus zur ausdrücklichen Bedingung gemacht ist, ut eo nomine heredi utiliter caveatur, wie §. 2. *I. de usufr.* gesagt wird; ja da Cajus *L. 2. §. 1. D. h. t.* ausdrücklich sagt, daß, man um dieses Cautionsmittels willen, den quasi usufructus

34) In den Scholien der Basiliken Tom. II. pag. 284. heißt es zu den Worten der *L. 5. cit. sed et alienarum*. Αναγκάζεται γὰρ ἀπὸ τοῦ νόμου ἐπικτήσασθαι τὴν χρεῖσιν ὁ κληρονόμος, καὶ δοῦναι ταύτην τῷ ὀρισθέντι ἔχειν αὐτήν. i. e. *Heres enim usumfructum acquirere Senatusconsulto cogitur, eumque legatario praestare.*

35) *C. Ant. FABRI Rational. in Pandect. Tomi II. Part. II. ad L. 5. pr. D. h. t. p. 129. und WESTPHAL de lib. et servitut. praedior. §. 631. not. 557.*

36) *C. den 8. Th. dieses Commentars §. 578. C. 93.*

37) *POTHIER in Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. II. not. a. pag. 245. sagt: Consumptio bona fide facta a legatario supplet, ut in mutuo, translationem dominii, quae ad hunc quasi usumfructum constituendum desideratur.*

fructus gegen die Strenge des ältern Civilrechts zugelassen habe; so entsteht die Frage, zu welchem Zwecke hier die Caution erforderlich sey? und ob sie zum Wesen des quasi ususfructus gehöre? Zellfeld sagt, die Substanz der Sache werde zwar durch die Caution erhalten, und könne daher nicht ganz erlassen werden; deswegen gehöre aber doch die Caution nicht *ad essentiam*, sondern nur *ad naturam* quasi ususfructus. Wenn dies kein Widerspruch ist, so giebt es keinen. Ist die Prämisse richtig, daß die Caution dazu eingeführt sey, um dem Erben, oder demjenigen, welcher sonst den quasi ususfructus constituirte hat, die Substanz der Sache zu erhalten, so vertritt sie die Stelle der Proprietät. Kann sie nun deswegen nicht erlassen werden, so muß sie zum Wesen des quasi ususfructus gehören. Gerade aus diesem Grunde stellen daher mehrere Rechtsgelehrten ³⁸⁾ den Satz auf: *cautio quasi ususfructus substantiam ingreditur*. Allein wie wenig diese Meinung den Gesetzen und der Natur der Sache gemäß sey, ist leicht zu beweisen. Denn 1) ist der Zweck aller Caution, und also auch der usufructuarischen, Sicherstellung desjenigen, welcher diese Caution zu fordern befugt ist ³⁹⁾. Sie vertritt also eben so wenig die Stelle der Proprietät, als dadurch

38) Ger. NOONT de usufr. Lib. I. cap. 19. Hug. DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. X. cap. 4. COSTALIUS Comm. ad. L. 1. D. Usufr. quemadm. cav. Herm. VULTURIUS Iurisprud. Rom. §. 3483. Ulr. HUBER Praelection. ad Institution. Lib. II. Tit. 4. §. 9. Ant. FABER Rational. ad L. 13. pr. D. de Usufr. Io. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XVII. §. 64. Aug. Frid. SCHOTT Diss. de usufructu vestimentor. Cap. I. §. 3. in Opusc. pag. 174. ff. a. m.

39) L. 13. pr. D. de usufr.

ben dem quasi usufructu die Substanz der Sache erhalten werden kann. Es müßte dieses durch eine Art von Fiction geschehen. Eine solche Fiction läßt sich aber ohne Gesetz nicht annehmen, und diese enthalten hierüber nichts. Nach dieser Ansicht berührt also die Caution das Wesen des quasi usufructus auf keine Weise, sondern sie tritt blos der Sicherheit wegen hinzu, und unterscheidet sich von demselben, wie das Mittel der Sicherheit von dem Geschäft selbst, um dessen willen jenes eingeführt ist. Das, was eigentlich beim quasi usufructus die Stelle der Proprietät vertritt, welche durch die Caution gesichert werden soll, ist das Recht des Erben, oder wer sonst den quasi usufructus constituit haben mag, eine Sache von derselben Art in derselben Quantität und Qualität, oder deren Werth nach geendigter Nutznießung zurück zu fordern ⁴⁰). Dieses Recht behält der Erbe oder der Constituent, es mag die Caution geleistet seyn oder nicht. Hieran lassen uns nun auch 2) die Gesetze selbst keinen Augenblick zweifeln. Ulpian sagt nämlich *L. 5. §. 1. D. h. t. Si pecuniae sit usufructus legatus, vel aliarum rerum, quae in abusu consistunt, nec cautio interveniat: videndum, finito usufructu, an pecunia, quae data sit, vel caeterae res, quae in absumptione sunt, condici possint? Sed* ⁴¹), si quidem, adhuc constante usufructu, cautionem quis velit condicere, dici potest, omissam cautionem posse condici incerti

40) C. WESTPHAL de Servit. praed. §. 628. not. a. pag. 409.

41) Statt *sed* liefert der Cod. Pand. membr. Erlangens. *Et*. Ebenso Haloander und Baudouin; und diese Lesart ist nach Brentmanns Bemerkung allerdings richtiger.

incerti condictione. Sed si ⁴²⁾, finito usufructu, *ipsam quantitatem* ⁴³⁾, SABINUS putat *posse condici*. Quam sententiam et CELSUS lib. 18. Digestorum probat. Quae mihi non inarguta videtur. Ulpian's Entscheidung betrifft hier gerade den Fall, daß bey einem legitimen quasi usufructus keine Caution bestellet war. Der Fall mochte vielleicht nicht ganz außer Streit seyn; sonst hätte wohl Ulpian nicht nöthig gehabt, sich auf Sabinus zu berufen, und vollends überflüssig wäre die Bemerkung gewesen, daß auch Celsus diese Meinung billige. Man könnte freylich einwenden, daß das Eigenthum nicht auf den Quasi-Usufructuar übergegangen sey, weil es hier an einem gerechten Titel fehle. Denn das Vermächtniß eines Nießbrauchs an fungiblen Sachen ist nach der Strenge des alten Civilrechts ipso iure nichtig, und soll es als ein quasi usufructus gelten, so ist durch das Senatusconsultum das remedium cautionis eingeführt. Dennoch hält Ulpian die Bestel- lung des quasi usufructus auch ohne Caution nicht für ungültig, sondern unterscheidet mit Sabinus und Celsus, ob der Nießbrauch noch besteht, oder bereits geendiget ist. Im ersten Falle kann die bey der Uebergabe nicht in Anregung gebrachte Caution immer noch gefordert werden. Die Klage ist hier eine *condictio incerti*, weil sie auf Caution'sleistung, und also auf ein Factum geht ⁴⁴⁾. In dem letz-

tern

42) Haloander und Baudoua. haben das *si* nicht. Es fehlt auch in dem Cod. Pand. Erlang. mspt. Allein die florentinische Lesart läßt sich sehr wohl vertheidigen.

43) Man denke sich hier noch die Worte: *velit condicere*.

44) C. WESTPHAL de lib. et servitut. praed. §. 959. not. a. pag. 677.

tern Falle hingegen fordert der Erbe eine gleiche Summe oder Quantität von gleichem Gehalt und Güte zurück. Actione ex stipulatu kann hier freylich ohne Caution nicht geklagt werden. Allein die *condictio certi* steht dem Erben zu Gebote. Unrichtig hingegen ist es, wenn Pothier⁴⁵⁾ von einer *condictio sine causa* spricht 3) Darf freylich der Testirer dem Legatar die Caution nicht erlassen⁴⁶⁾, weil es widersprechend seyn würde, wenn der Testator, der dem Legatar doch nur den Nießbrauch zugetheilt hat, dennoch eine solche Verfügung treffen wollte, wodurch dem Erben das ihm vorbehaltene Recht unsicher gemacht würde⁴⁷⁾. Allein daß auch der Erbe die Caution dem Legatar nicht erlassen könne, wird nirgends gesagt. Warum sollte sich auch der Erbe, oder wer sonst einen solchen Nießbrauch constituirte hat, eines Rechts nicht begeben können, was blos zu seinem Vortheil eingeführt ist? ⁴⁸⁾ Endlich 4) giebt es Fälle, wo die Gesetze die Caution bey dem Nießbrauche erlassen, ohne Unterschied, es sey vom wahren Nießbrauche, oder vom quasi usufructus die Rede. So z. B. ist der Vater cautionsfrey in Ansehung des Nießbrauchs, der ihm an

45) Pandect. Iustinian. h. t. Nr. IX. not. b.

46) L. 6. D. Ut in possessione legator. servand. causa esse lic.
L. 1. C. de usufr. C. Arn. VINNII Select. iuris Quaestio.
Lib. I. cap. 29.

47) Es ist jedoch dem Testator erlaubt, dem einen Miterben aufzuerlegen, daß er für den Legatar Bürgschaft leiste, wenn er denselben gern von der Caution befreien will. L. 8. D. h. t.
Man sehe über diese Stelle IENSIUS Strictur. ad Rom. iuris
Pandect. pag. 70. sq. und vorzüglich WESTPHAL §. 701. not. 626. b).

48) L. 46. D. de pact. L. penult. C. eod.

an den Adventizien seiner Kinder gebührt ⁴⁹⁾). Wie könnte eine solche Erlassung Statt finden, wenn die Caution zum Wesen des quasi ususfructus gehörte? Aus diesen Gründen halten die meisten Rechtsgelehrten ⁵⁰⁾ die Caution für ein bloßes naturale quasi ususfructus, das heißt, die Gesetz verpflichten den Quasi-Fructuar zu dieser Cautionseleistung, ohne daß es deshalb einer besondern Verabredung bedarf ⁵¹⁾). Der Erbe ist daher solche von Rechts wegen zu fordern befugt, wenn er gleich schon die zum quasi ususfructus vermachte Sache dem Legatar übergeben hat ⁵²⁾).
Ein

49) L. 8. §. 4. in fin. Cod. de bonis, quae liberis. Mehrere Ausnahmen kommen unten §. 654. vor.

50) CASTILLO de usufructu cap. 15. et 16. FACHINAEUS Controvers. iuris Lib. VIII. cap. 43. Paul VOET Comment. ad §. 2. I. de Usufr. n. 6. Io. VOET Comm. ad Pand. Lib. VII. Tit. IX. §. 11. Hub. GIPHANIUS Comm. ad §. 2. I. de usufr. pag. 135. Arn. VINNIUS Commentar. ad §. 2. I. de usufr. nr. 4. vorzüglich M. Aur. GALVANUS de usufructu Cap. XIX. §. 13. — 15. pag. 211. sqq. Wolfg. Ad. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 11. Io. BORCHOLTEN Comm. ad §. 2. I. de usufr. nr. 4. Corn. van ECK Princip. iuris Dig. Lib. VII. Tit. 9. §. 9. Arn. ROTGERSIUS Apodict. Demonstration. iuris Rom. Lib. II. Diatr. I. Cap. III. §. 45. et 46. Car. Ch. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1140. WESTPHAL I. c. §. 628. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 433. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 619. besonders Wolr. BURCHARDI Dissertat. III. qua demonstratur, cautionem usufructuariam nec veri nec quasi ususfructus substantiam ingredi, sed solum naturale externum attributum esse. *Herbornae* 1758. 4.

51) §. 2. I. de usufr. L. 2. L. 7. L. 10. D. b. t. L. 6. D. Ut in possession. legator. L. 1. C. de usufr.

52) L. 5. §. 1. D. b. t.

Ein Vorbehalt war daher nicht nöthig. Ja der Legatar hat nicht eher eine Klage, den quasi usufructus zu fordern, als bis er die verlangte Caution geleistet hat⁵³⁾. Daß ihm aber auch die Sicherheitsleistung erlassen werden könne, hat keinen Zweifel⁵⁴⁾.

Noch ist zu bemerken, daß der quasi usufructus sich eigentlich nur auf zweyerley Art nach dem gemeinen Rechte endige, nämlich durch den Tod und durch capitis diminutio, und zwar nach dem neuern Röm. Rechte nur durch eine solche, die dem Tode gleichgeachtet wird, und in einem gänzlichen Verluste der Freyheit und aller bürgerlichen Rechte besteht. Diese beyden Fälle werden auch in der Caution ausdrücklich bemerkt, wie Ulpian sagt L. 7. D. Usufr. quem. cau. Quum usufructus pecuniae legatus esset, exprimi debent hi duo casus in stipulatione: cum morieris, aut capite minueris, dari. Idcirco hi duo soli casus, quoniam pecuniae usus. aliter amitti non potest, quam his casibus. Eben so Paulus L. 9. D. b. t. In stipulatione de reddendo usufructu pecuniae duo soli casus interponuntur, mortis, et capitis diminutionis. Dies hindert indessen nichts, daß nicht auch bey der Bestellung des quasi usufructus eine Bedingung oder Zeitbestimmung beygefügt werden könne, so daß das Recht aufhört, wenn die Bedingung eintritt, oder die bestimmte Zeit verstrichen ist⁵⁵⁾. Dagegen läßt sich hier weder eine

53) L. 6. D. Ut in possession. legator.

54) C. Greg. MAJANSIUS Disputation. iuris civ. Tom. I. Disput. XVII. §. 28.

55) C. ROTGERSIUS Apodicticar. Demonstrat. iuris Rom. Lib. II. Diatr. I. Cap. III. §. 62. et 43. pag. 687. und WESTPHAL c. I. §. 947. not. 834. pag. 666.

eine Erlöschung durch Untergang der Sache ⁵⁶⁾, noch durch Nichtgebrauch; noch durch Consolidation gedenken ⁵⁷⁾.

Uebrigens gilt in Ansehung der Münzsorten, in welchen die nutznießlichen Gelder wieder zu bezahlen sind, eben das, was bey der Wiederbezahlung eines Gelddarlehns Rechtens ist. Man sieht hier auf den Gehalt, den das Geld zur Zeit des bestellten Nießbrauchs hatte ⁵⁸⁾. Auf diesen Zeitpunkt ist auch bey der Bestimmung des Werths der verbrauchten Sache zu sehen, nicht aber auf die Zeit der Restitution ⁵⁹⁾.

56) *Nunquam enim in quasi usufructu interitus rei liberat usufructuarium, sed res perit ei ceu domino. §. 2. I. de Usufr. L. 9. C. de pign. act.* Anderer Meinung sind zwar *BALDUS*, *MYNSINGER*, und nach ihnen auch *BERGER* in *Oecon. iuris* Lib. II. Tit. III. Th. 19. Not. 1. Allein man sehe *Arn. ROTGERSIUS* cit. loc. §. 38. pag. 683. sq.

57) *S. ROTGERSIUS* c. 1. §. 41. p. 686.

58) Vergl. *Joh. Lud. Schmidts* Abhandl. von den Münzsorten, in welchen eine Geldschuld abzutragen ist. §. 224. und besonders *Deffelbenners* rechtliche Entscheidungen zu jener Abhandlung Nr. LVI. S. 405. f.

59) *Iust. MEIER* in *Colleg. argentorat.* Tom. I. h. t. §. 6. pag. 516.

Lib. VII. Tit. VI.

Si ususfructus petetur, vel ad alium pertinere negetur.

§. 646.

Klagen wegen des Nießbrauchs, petitorische und possessorsche.

Die Klagen wegen des Nießbrauchs sind von zweyerley Art.

I. petitorische. Es klagt nämlich entweder der Usufructuar gegen denjenigen, welcher ihm sein Recht streitig macht, oder ihn in der Ausübung desselben hindert, oder der Eigenthümer gegen denjenigen, welcher sich ein Nießnießungsrecht an seiner Sache anmaßt, das ihm nicht zusteht. Jener stellt die *actio confessoria*, dieser die *actio negatoria* ⁶⁰⁾ an.

1) Die *actio confessoria* kann nicht nur gegen den Eigenthümer, sondern auch gegen jeden dritten Besitzer der Sache ⁶¹⁾, ja wenn er sie auch wirklich nicht besitzt, sondern sich nur für den Besitzer ausgibt ⁶²⁾, (*qui liti se obtulit*) angestellt werden, und geht darauf, daß das Recht des Klägers anerkannt, und der Beklagte verurtheilt

60) L. 2. pr. D. Si servitus vindicet. C. NOOYT de usufructu Lib. II. cap. 14.

61) L. 5. §. 1. D. b. t.

62) L. 6. D. b. t.

Glücks Erläut. d. Pand. 9. Th.

werde, ihm die Sache nebst den Früchten ⁶³⁾, und was sonst der Kläger gehabt hätte, wenn ihm die Sache nicht wäre vorenthalten worden, (*omnis causa*), zu restituiren ⁶⁴⁾; oder, wenn der Kläger in dem Besitz der Sache ist, und der Beklagte ihn bloß in der Ausübung seines Rechts stört, daß er ihm wegen der ungehinderten Ausübung seines Rechts hinlängliche Sicherheit leiste ⁶⁵⁾. Gegen den *fictus possessor* geht sie auf Leistung des Interesses ⁶⁶⁾. Hätte während des Prozesses das Recht des Klägers durch seinen Tod, oder durch *capitis deminutio*, aufgehört, so ist nicht mehr Restitution der Sache, sondern nur Ersatz dessen, was der Kläger für die vergangene Zeit an Früchten und weiterer Entschädigung zu fordern hat, (Gegenstand der *Condemnation* ⁶⁷⁾). Wäre es durch den *dolus* des fingirten Besitzers, der sich muthwillig in den Rechtsstreit einließ, geschehen, daß der Nießbrauch während des Prozesses durch *non usus* verlehren gieng; so muß der Beklagte nicht nur dem Kläger den Nießbrauch wieder zu verschaffen suchen, sondern er ist auch denselben wegen der Entwährung sicher zu stellen schuldig, wenn der wahre Besitzer unterdessen einem Dritten Realrechte an der Sache constituirte hätte, die auch dem wieder hergestellten Nießbrauchsrechte hinderlich seyn könnten ⁶⁸⁾.

2) Die

63) L. 5. §. 3. D. b. t.

64) L. 5. §. 4. D. eod.

65) L. 5. §. 6. D. eod.

66) L. 6. D. b. t. C. WESTPHAL §. 981. not. 857.

67) L. 5. §. 4. D. b. t. WESTPHAL §. 996.

68) L. 5. §. 5. D. b. t. Siehe oben Seite 292. und WESTPHAL §. 993. not. 869.

2) Die *actio negatoria* hingegen steht dem Eigenthümer gegen denselben zu, der sich mit Unrecht den Nießbrauch an der Sache anmaßt ⁶⁹⁾, und geht auf Anerkennung der Freiheit der Sache, und deren Restitution nebst den Früchten ⁷⁰⁾, oder wenn der Kläger selbst Besitzer ist, auf Sicherheitsleistung wegen der ungehinderten Ausübung seiner Eigenthumsrechte ⁷¹⁾. Stellt der Nichteigenthümer diese Klage an, so muß er abgewiesen werden, wenn gleich auch dem Beklagten kein Nutzungsrecht zusteht. Für ihn muß schon darum, weil er Besitzer ist, gesprochen werden ⁷²⁾.

II. Possessorische zum Schutz der quasi possessio juris gegen Störung derselben, und Wiedererlangung des verlohrnen Besizes. Dem Usufructuar kommen in dieser Absicht verschiedene Interdicte zu statten ⁷³⁾. Man unterscheidet folgende Fälle.

i) der Usufructuar wird in der Ausübung seines Rechts gestört, ohne ihn jedoch des Besizes entsetzt zu haben. Hier ist

a) wenn der Gegenstand des Nutznießungsrechts eine unbewegliche Sache ist, das *Interdictum uti possidetis* anwendbar. Dieses Interdict hat in folgenden Fällen Statt. a) Wenn Mehrere an derselben Sache pro indiviso den ususfructus haben, und sich gegenseitig im Bes

E e 2

fige

69) L. 5. pr. D. b. t.

70) L. 5. §. 3. D. eod.

71) L. 5. §. 6. D. b. t.

72) L. 5. pr. D. b. t.

73) C. NOODT de Usufr. Lib. II. cap. 16.

fige stören; ß) wenn sich der Fructuar gegen Eingriffe des Eigenthümers schützen will; γ) wenn ein Fremder, der gar kein Recht hat, den Besitz des Nutznießers stört; und δ) wenn verschiedene Rechte, z. B. usus und usufructus, an derselben Sache neben einander bestehen, und die Ausübung derselben gegen wechselseitige Störung gesichert werden soll ⁷⁴⁾).

b) Ist der Gegenstand eine bewegliche Sache, so findet das *Interdictum utrubi* Statt ⁷⁵⁾).

2) Der Usufructuar wird nicht bloß in seinem Besitz gestört, sondern er ist ihm gewaltsam entzogen. Hier ist das *Interdictum de vi* begründet ⁷⁶⁾, und zwar nach dem neuern Römischen Rechte ⁷⁷⁾ ohne Unterschied die nutznießliche Sache sey eine bewegliche oder unbewegliche. Der Gegenstand dieser Klage ist theils Restitution der Sache, theils vollständiger Schadenersatz ⁷⁸⁾; ja zuweilen geht die Klage

74) L. 4. D. Uti possidetis. In summa puto dicendum, et inter fructuarios hoc interdictum reddendum, et si alter usumfructum, alter possessionem sibi defendat. Idem erit probandum, et si usufructus quis sibi defendat possessionem: et ita POMPONIUS scribit. Proinde et si alter usum, alter fructum sibi tueatur, et his interdictum erit dandum.

75) E. von Savigny Recht des Besitzes. 5. Abschn. §. 45. nr. II.

76) L. 3. §. 13. 14. et 15. D. de vi. L. 60. D. de usufr. Ge. Ad. STRUV Diff. de interdicto unde vi, quatenus usufructuarius ex eo restituatur. Ienae 1658.

77) L. 7. C. unde vi. §. 1. I. de vi bon. raptor. §. 6. I. de Interdict. Savigny a. a. D. 4. Abschn. §. 40. C. 380.

78) L. 9. §. 1. D. de vi.

Klage, wie die petitorische, bloß auf diesen Ersatz allein, wenn nämlich das Recht der Servitut selbst durch den Tod des Fructuars, oder durch capitis deminutio, oder durch Nichtgebrauch unterdessen aufgehört hat, jedoch mit dem Unterschiede, daß in den zwei ersten Fällen der Ersatz bloß die vergangene Zeit betrifft, weil auch ohne die Dejection der Verlust hätte erfolgen müssen ⁷⁹⁾; in dem letztern hingegen der Ersatz zugleich auf die künftige Zeit gerichtet seyn muß, weil hier die Dejection selbst die Ursache des Verlustes enthält ⁸⁰⁾.

79) L. 60. pr. D. de usufr. L. 3. §. 17. D. de vi.

80) L. 9. §. 1. L. 10. D. de vi. C. von Savigny Recht des Besizes 5. Abschn. §. 45. C. 419.

Lib. VII. Tit. VII.
De operis servorum.

§. 647.

Begriff und Eigenheit der *Servitus operarum*.

Ganz verschieden vom *ususfructus* war die *Servitus operarum*, welche in dem dinglichen Rechte bestand, von den Diensten eines fremden Sklaven allen Nutzen zu ziehen, bis er starb, oder ein Dritter ihn *usucapirte* ⁸¹). Zwar bestand der Nutzen eines Sklaven hauptsächlich in seinen Diensten, weil die *operae* ein Gegenstand der Früchte sind, und einen Lohn zulassen ⁸²). Der zu dieser *Servitut* berechtigste konnte daher auch, gleich dem *Usufructuar*, die *operas* vermietthen ⁸³). Allein darin war doch diese *Servitut* von dem *ususfructus* eines fremden Sklaven unterschieden, daß sie sich blos auf den Nutzen aus Diensten beschränkte, dahingegen der *Usufructuar* auch jeden andern Vortheil außer den Diensten sich zueignen konnte ⁸⁴); und dann auch in Ansehung der Dauer, da sie weder durch *cap.*
demi-

81) L. 1. §. 9. D. ad Leg. Falcid. L. 2. D. de usu et usufr. leg. §. 10. D'AVEZAN *Servitut.* libr. P. III. Cap. 4. (in GERMEERM. *Thes.* T. IV. pag. 133. sq.)

82) L. 3. et 4. D. b. t.

83) L. 2. D. de usu et usufr. legato.

84) §. 4. I. per quas person. cuiq. acquir. VORT *Comm.* ht. c. §. 1.

deminutio ⁸⁵⁾, noch durch Nichtgebrauch, noch durch den Tod des Berechtigten aufhörte, sondern daß hier blos auf das dienende Subject gesehen ward; nämlich wenn dieses starb oder usucapirt wurde, so war nun erst die Servitus operarum geendiget ⁸⁶⁾. Es weicht also diese Servitut von dem eigentlichen Character persönlicher Dienstbarkeiten darin ab, daß sie persönlich ist, nicht in Rücksicht des Berechtigten, sondern blos in Absicht auf das dienende Subject, und daher auf die Erben des ersten übergeht ⁸⁷⁾.

85) L. 2. D. h. i.

86) L. 2. D. de Usu et usufr. leg.

87) C. Greg. MAJANSII Diss. de operis. (in eius *Disputat. iuris civ.* Tom. I. Disp. 19. pag. 332. sqq.)

Lib. VII. Tit. VIII.
De usu et habitatione.

§. 648.

Berichtigter Begriff vom *usus*. Entwicklung der mancherley Fälle zur genauern Bestimmung desselben.

Zu den persönlichen Servituten gehört ferner der *usus*, *χρῆσις*, der jedoch gewöhnlich minder wichtig, als der *ususfructus* ist, wo er nicht etwa, in Beziehung auf gewisse Gegenstände, mit dem letztern gleiche Gränzen hat ⁸⁸⁾.
Worin

⁸⁸⁾ *L. 10. §. 1. D. h. t.* Sed si *χρῆσις* sit relicta, an *usus* sit videndum? Et *PAPINIANUS* lib. 7. *Responforum* ait, usum esse, non etiam fructum relictum; und §. 4. sagt *Ulpian*: Si *usus fundi* sit relictus, minus utique esse, quam fructum, longeque, nemo dubitat. Das Wort *longeque* ist hier vielen Auslegern ein Anstoß. Man glaubt hier eine Lücke zu finden. Daher erlaubt sich *Halvander* *longeque* distare zu lesen. *Herm. CANNegieter* *Observation. iuris Rom. Lib. II. cap. 15. in fin.* emendirt *longe aequum*, wie *Ulpian* an andern Orten gesagt haben soll, als *L. 4. §. 13. D. de doli mali et met. except. Pet. Paul. IUSTI* in *Specim. Observation. criticar. (Viennae 1765. 4.)* sucht durch eine Gemination zu helfen, und liest *longe longeque*, gestützt auf die Auctorität des *Scävola L. 39. §. 1. D. de minorib.* Allein wie höchst unnöthig alle diese Ertisfen sind, hat *PÜTTMANN* *Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 3. §. 2.*

Worin nun die wahre Natur des *usus* bestanden habe, läßt sich durch eine alles umfassende ganz erschöpfende Definition nicht leicht angeben, denn alles beruhet hier auf einem Sprachgebrauche der Römer, den wir eigentlich nicht mehr haben ⁸⁹⁾. Zwar versteht man gewöhnlich, wie auch unser Autor, unter *usus* das dingliche Recht eines bloß auf die nothwendigen Bedürfnisse des Berechtigten eingeschränkten Gebrauchs von einer fremden Sache, und setzt eben darin das Hauptmerkmal des Unterschiedes zwischen dem *usus* und dem *ususfructus*, daß letzter in einem Rechte auf die volle Benutzung der Sache besteht ⁹⁰⁾. *Vloodt* ⁹¹⁾ hat sich vorzüglich bemüht, diesen Unterschied aus dem Sprachgebrauche der alten Classiker zu erhärten. Allein wie wenig diese Idee dem Sprachgebrauche der Römischen Juristen und Gesetzgeber gemäß sey, hat *Thibaut* ⁹²⁾ eben so einleuchtend als scharfsinnig dargethan.

Wor

§. 2. gezeigt. Ohne Zweifel gehört das *longeque* zu dem vorhergehenden *minus*. Dergleichen Versetzung der Worte hat sich *Ulpian* öfters erlaubt. Man sehe *PÜTTMANNI varia iuris civ. capita*. Lipsiae 1766. Cap. I.

89) S. *Hugo* Lehrbuch der Pandecten §. 61. Not. 1. und *Ronon* *par Institutionen des Röm. Rechts* §. 291.

90) S. *Chr. Lud. CRELL* Diss. de servitute usus eiusque benigna interpretatione. *Vitemb.* 1751. Eine höchst unbedeutende Schrift.

91) *De usufructu* Lib I. cap. 2.

92) Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. I. B. 3. Abh. Man s. auch *Albr. Hummel* Encyclopädie des gesammten positiven Rechts. 2. Bandes 2. Abth. 3. Periode des Rechtssystems. S. 94. ff. *Lud. God. MADINN* Princip. iuris Rom. P. III. §. 369. und *Weber* zu *Höpfners* Commentar §. 380. Not. 1.

Lib. VII. Tit. VII.
De operis servorum.

§. 647.

Begriff und Eigenschaft der *Servitus operarum*.

Ganz verschieden vom *ususfructus* war die *Servitus operarum*, welche in dem dinglichen Rechte bestand, von den Diensten eines fremden Sklaven allen Nutzen zu ziehen, bis er starb, oder ein Dritter ihn *usucapirte* ⁸¹). Zwar bestand der Nutzen eines Sklaven hauptsächlich in seinen Diensten, weil die *operae* ein Gegenstand der Früchte sind, und einen Lohn zulassen ⁸²). Der zu dieser *Servitut* berechnete konnte daher auch, gleich dem *Usufructuar*, die *operas* vermietthen ⁸³). Allein darin war doch diese *Servitut* von dem *ususfructus* eines fremden Sklaven unterschieden, daß sie sich blos auf den Nutzen aus Diensten beschränkte, dahingegen der *Usufructuar* auch jeden andern Vortheil außer den Diensten sich zueignen konnte ⁸⁴); und dann auch in Ansehung der Dauer, da sie weder durch *cap.*
demi-

81) L. 1. §. 9. D. ad Leg. Falcid. L. 2. D. de usu et usufr. leg. C. 10. D'AVEZAN *Servitut.* libr. P. III. Cap. 4. (in GERMEER. *Thes.* T. IV. pag. 133. sq.)

82) L. 3. et 4. D. b. t.

83) L. 2. D. de usu et usufr. legato.

84) §. 4. I. per quas person. cuiq. acquir. VOET *Comm.* ht. c. §. 1.

deminutio ⁸⁵⁾, noch durch Nichtgebrauch, noch durch den Tod des Berechtigten aufhörte, sondern daß hier blos auf das dienende Subject gesehen ward; nämlich wenn dieses starb oder usucapirt wurde, so war nun erst die Servitus operarum geendiget ⁸⁶⁾. Es weicht also diese Servitut von dem eigentlichen Character persönlicher Dienstbarkeiten darin ab, daß sie persönlich ist, nicht in Rücksicht des Berechtigten, sondern blos in Absicht auf das dienende Subject, und daher auf die Erben des ersten übergeht ⁸⁷⁾.

85) L. 2. D. b. t.

86) L. 2. D. de Ufu et usufr. leg.

87) C. Greg. MAJANSII Diff. de operis. (in eius *Disputat. iuris civ.* Tom. I. Disp. 19. pag. 332. sqq.)

Lib. VII. Tit. VIII.

De usu et habitatione.

§. 648.

Berichtigter Begriff vom *usus*. Entwicklung der mancherley Fälle zur genauern Bestimmung desselben.

Zu den persönlichen Servituten gehört ferner der *usus*, *χρησις*, der jedoch gewöhnlich minder wichtig, als der *ususfructus* ist, wo er nicht etwa, in Beziehung auf gewisse Gegenstände, mit dem letztern gleiche Gränzen hat ⁸⁸).
Worin

⁸⁸) *L. 10. §. 1. D. h. t.* Sed si *χρησις* sit relicta, an *usus* sit videndum? Et *PAPINIANUS* lib. 7. *Responsum* ait, *usum esse*, non etiam *fructum relictum*; und §. 4. sagt *Ulpian*: Si *usus fundi* sit relictus, *minus utique esse, quam fructum, longeque, nemo dubitat.* Das Wort *longeque* ist hier vielen Auslegern ein Anstoß. Man glaubt hier eine Lücke zu finden. Daher erlaubt sich *Halöander* *longeque distare* zu lesen. *Herm. CANNegieter* *Observation. iuris Rom. Lib. II. cap. 15.* in fin. emendirt *longe aequum*, wie *Ulpian* an andern Orten gesagt haben soll, als *L. 4. §. 13. D. de doli mali et met. except. Pet. Paul. IUSTI* in *Specim. Observation. criticar. (Viennae 1765. 4.)* sucht durch eine Geminatio zu helfen, und liest *longe longeque*, gestützt auf die Auctorität des *Scävola L. 39. §. 1. D. de minorib.* Allein wie höchst unnöthig alle diese Ertisiken sind, hat *PÜTTMANN* *Probabil. iuris civ. Lib. 7. cap. 3.*
§. 2.

Worin nun die wahre Natur des *usus* bestanden habe, läßt sich durch eine alles umfassende ganz erschöpfende Definition nicht leicht angeben, denn alles beruhet hier auf einem Sprachgebrauche der Römer, den wir eigentlich nicht mehr haben⁸⁹⁾. Zwar versteht man gewöhnlich, wie auch unser Autor, unter *usus* das dingliche Recht eines bloß auf die nothwendigen Bedürfnisse des Berechtigten eingeschränkten Gebrauchs von einer fremden Sache, und setzt eben darin das Hauptmerkmal des Unterschiedes zwischen dem *usus* und dem *ususfructus*, daß letzter in einem Rechte auf die völle Benützung der Sache besteht⁹⁰⁾. Moode⁹¹⁾ hat sich vorzüglich bemüht, diesen Unterschied aus dem Sprachgebrauche der alten Classiker zu erhärten. Allein wie wenig diese Idee dem Sprachgebrauche der Römischen Juristen und Gesetzgeber gemäß sey, hat Thibaut⁹²⁾ eben so einleuchtend als scharfsinnig dargethan.

Wor

§. 2. gezeigt. Ohne Zweifel gehört das *longueue* zu dem vorhergehenden *minus*. Dergleichen Versetzung der Worte hat sich Ulpian öfters erlaubt. Man sehe PÜTTMANNI *varia iuris civilis capita*. Lipsiae 1766. Cap. I.

89) C. Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 61. Not. I. und Konopatz Institutionen des Röm. Rechts §. 291.

90) C. Cbr. Lud. CRALL Diss. de servitute *usus eiusque benigna interpretatione*. Vitemb. 1751. Eine höchst unbedeutende Schrift.

91) De usufructu Lib I. cap. 2.

92) Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. I. B. 3. Abh. Man s. auch Albr. Hummel's Encyclopädie des gesammten positiven Rechts. 2. Bandes 2. Abth. 3. Periode des Rechtssystems. C. 94. ff. Lud. God. MADINN Princip. iuris Rom. P. III. §. 369. und Weber zu Höpfners Commentar §. 380. Not. I.

Vorläufig nur einige Stellen, um sich zu überzeugen, daß dem Usuar nicht selten der volle Gebrauch der Sache, ohne alle Einschränkung auf nöthigen Bedarf, verstattet sey. Ulpian sagt *L. 12. §. 3. D. h. t.* *Sed si bonum armenti usus relinquatur, omnem usum habebit et ad arandum, et ad caetera, ad quae boves apti sunt.* Eben dieser Ulpian sagt ferner *L. 2. 3. und 4. D. eod.* Wenn der usus von einem Hause vermacht sey, könne es nicht nur mit seiner Familie bewohnen, sondern auch hospites, et libertos suos, et clientes bey sich wohnen lassen; ja sogar einen inquilinus könne er mit aufnehmen. Es sey ihm auch nicht zu mißgönnen, wenn er einen Miethzins erhalten kann, wenn er nur selbst Antheil an der Wohnung behält. *Quid enim, si tam spatiosae domus usus sit relictus homini mediocri, ut portiuuncula contentus sit?* Besonders merkwürdig ist, was Pomponius *L. 22. §. 1. D. eod.* noch über diesen Fall lehrt: *Licet tam angustus est legatarius, cui domus usus legatus est, ut non possit occupare totius domus usum, tamen eis, quae vacabunt, proprietarius non utetur: quia licebit usufructuario aliis et aliis temporibus tota domo uti; cum interdum domini quoque aedium, prout temporis conditio exigit, quibusdam utantur, quibusdam non utantur.* Auf gleiche Weise steht es dem Usuar frey, nach *L. 14. pr. L. 16. §. 2. und L. 20 eod.* den vollen Nutzen von den Handlungen des Sklaven zu ziehen, von welchem ihm der usus vermacht worden ist, sofern er die Dienste desselben nur nicht einem andern vermietet. Wie kann man sich endlich nach dem gemeinen Begriffe erklären, warum nach *§. 4. I. h. t. und L. 12. §. 2. D. eod.* derjenige, dem der usus vom Schaafvieh hinterlassen worden ist, sich zwar der Schaafse

zum

zum Dingen bedienen könne, aber sich weder die Wolle, noch die Milch, noch die Jungen zueignen dürfe: quia haec sunt magis in fructu, quam in usu. Kein Wunder, wenn Höpfner⁹³⁾ diesen Satz ganz unerklärbar, und Westphal⁹⁴⁾ denselben höchst lächerlich finden mußte. Man sieht also aus den angeführten Gesetzstellen schon soviel, daß die Gesetze bey dem Unterschiede zwischen usus und ususfructus nicht sowohl bloß auf die Quantität, oder den Umfang des Rechts, als vielmehr häufig auf die Qualität, das ist, auf die Arten der Nutzung selbst, die der Usuar sich zueignen kann, Rücksicht nehmen. Nur bey einigen Nutzungsarten wird der usus auf nothwendiges Bedürfniß eingeschränkt⁹⁵⁾.

Um nun also den Unterschied zwischen usus und ususfructus richtiger zu bestimmen, ist Folgendes zu bemerken: Der ususfructus enthält ein zweyfaches Hauptrecht. Er besteht nämlich aus dem Rechte des usus, und aus dem des fructus. Das letztere enthält das volle Recht auf alle Früchte; das erstere hingegen das volle Recht auf den sonstigen Gebrauch der Sache, ohne den Fruchtgenuß. Beyde können vereinigt, oder getrennt seyn. In dem letzten Falle giebt es einen nudum fructum, und einen nudum usum. So z. B. sagt Ulpian L. 5. §. 1. D. usufr. quemadm. cav. Si usus sine fructu legatus erit, adempta fructus causa, satisfidari iubet Praetor. Hoc merito: ut de solo usu, non etiam de usufructu caveatur. Hiernach bestimmt sich
nun

93) Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 383. a. C.

94) De lib. et servitut. praedior. §. 755. not. 678.

95) S. Weber zu Höpfners Commentar §. 380. Not. 1. C. 394.

nun also der eigentliche ursprüngliche Begriff des *usus*, wie ihn wahrscheinlich Labeo nach L. 12. §. 2. D. b. t. annahm, den aber nachher Ulpian in spätern Zeiten nach der Billigkeit, und nach den Umständen, z. B. bey Vermächtnissen, ausdehnte. Sed si pecoris ei *usus* relictus est, so heiße es in der angeführten Stelle, puta gregis ovilis, ad pascendum usum duntaxat, Labeo ait: sed neque lana, neque agnis, neque lacte usum; haec enim magis in fructu esse. Hoc amplius, fügt jedoch Ulpian hinzu, etiam modico lacte usum puto: neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum. Fructus bedeutet also ursprünglich den eigentlichen Fruchtgenuß, und dieser Ausdruck begreift alles unter sich, was man als Früchte der Sache sich zu eignen kann, und wodurch man also wirklich etwas gewinnt und erwirbt. Usus hingegen bezeichnet ursprünglich jeden andern Gebrauch, den man von einer Sache machen kann, insofern derselbe von dem Genuß der Früchte verschieden ist. So gehört z. B. das Bewohnen eines Hauses, der Gebrauch eines Ochsen zum Düngen, zum Fahren, zum Pflügen des Ackers, ad usum; hingegen das Einärndten des Korns, das Vermietben eines Hauses, ferner die Milch, Wolle und Jungen von Schaafen ad fructum. Der *usus* allein giebt demnach an sich kein Recht auf Früchte, so wie der *fructus* kein Recht zum *usus*, soweit es nicht etwa der Fruchtgenuß nothwendig macht. Will ich daher, daß Jemand zur vollen Benutzung einer Sache, deren Ertrag nicht allein in Früchten besteht, berechtigt seyn, nicht blos Früchte genießen, sondern auch sonst die Sache gebrauchen soll, so muß ich ihm beyde Rechte zugleich, und also den *ususfructus* einräumen. Weil jedoch in der Folge die Ausdrücke

fru-

fructus und usus in dem Sprachgebrauche des gemeinen Lebens manches von ihrer ursprünglichen Bedeutung verloren, so sahen sich auch die Römischen Juristen genöthiget, bei der Auslegung der Verträge und Testamente dem geltenden Sprachgebrauche nachzugeben, wenn nicht die Absicht derselben vereitelt werden sollte. So wie man daher den Begriff von fructus ausdehnte, und darunter den vollen Genuß der Sache verstand, den man ehemals nur durch das zusammengesetzte Wort ususfructus hatte bezeichnen können; *) so ward auch nach und nach durch die Interpretation der Römischen Rechtsgelehrten etwas vom Fruchtgenuß zum usus mitgerechnet, wenn die zum usus eingeräumte Sache so beschaffen war, daß sie ohne den Genuß der Früchte entweder gar nicht, oder nur sehr unvollkommen benutzt werden konnte. Bei dem allen aber enthielt doch der usus im Allgemeinen weniger, als der ususfructus. Man hat daher, um die Rechte des Usuars zu bestimmen, folgende Fälle zu unterscheiden.

I. Die Sache, welche Jemand zum usus erhalten hat, ist eine solche, welche gar keine eigentlichen Früchte trägt. Z. B. es ist Jemandem der usus von einem Hause, oder von einem Sklaven, oder von einem Gespann Pferde oder Ochsen vermacht. Hier hat der Usuar den gewöhnlichen, aber vollen Gebrauch der Sache, der sich salva substantia machen läßt, ohne auf das Maaß seiner Bedürfnisse beschränkt zu seyn. Es darf jedoch der Usuar nicht, wie der Usufructuar, die Ausübung seines Rechts einem Andern käuflich überlassen, noch vermieten, ohne selbst auch einen Antheil daran zu behalten. Dagegen kann er seinen Ehegatten, und alle diejenigen an dem Gebrauche der

*) L. 14. §. 1. D. h. t.

der Sache Antheil nehmen lassen; mit denen er in Verbin-
dung lebt. Hierher gehören folgende Stellen.

L. 2. §. 1. D. b. i. *Domus usus relictus est aut marito aut mulieri. Si marito, potest illic habitare non solus, verum cum familia quoque sua. An et cum liber- tis, fuit quaestionis? Et Celsus scripsit, et cum liber- tis. Posse hospitem quoque recipere: nam ita lib. 18. Di- gestorum scripsit. Quam sententiam et Tubero pro- bat. Sed an etiam inquilinum recipere possit, apud La- beonem memini tractatum libro posteriorum. Et ait Labeo, eum, qui ipse habitat, inquilinum posse reci- pere. Idem: et hospites et libertos suos.*

L. 3. D. eod. Et clientes.

L. 4. eod. Caeterum sine eo ne hos quidem habi-
tare posse. *Proculus* autem de inquilino notat, non
belle inquilinum dici, qui cum eo habitet. Secundum
haec, et si pensionem percipiat, dum ipse quoque inhabitat,
non erit ei invidendum. Quid enim, si tam spatiosae do-
mus usus sit relictus homini mediocri, ut portiuncula
contentus sit? — *Mulieri* autem si usus relictus sit,
posse eam et cum marito habitare, *Quintus Mucius*
primum admisit, ne ei matrimonio carendum foret,
cum uti vult domo. Nam per contrarium, quin uxor
cum marito possit habitare, nec fuit dubitatum. Quid
ergo, si viduae legatus sit? an nuptiis contractis post
constitutum usum, mulier habitare cum marito possit?
Et est verum, posse eam cum viro et postea nubentem
habitare. Hoc amplius *Pomponius*, et cum sacro ha-
bitaturam.

L. 5.

L. 5. D. eod. Immo et focer cum nuru habitabit: utique, cum vir una sit.

L. 6. D. eod. Non solum autem cum marito, sed et cum liberis, libertisque habitare, et cum parentibus poterit.

L. 8. D. eod. Sed neque locabunt seorsum, neque concedent habitationem sine se, nec vendent usum.

Daß bey dem usu aedium legato der Proprietär sich nach *L. 22. §. 1. D. b. t.* die Zimmer und Theile des Hauses nicht anmassen dürfe, die der Usuar auch jetzt nicht gebraucht, weil sie derselbe vielleicht in Zukunft noch gebrauchen könnte, ist schon oben vorgekommen. Daß er aber sein Recht nicht dürfe auf einen Andern übertragen, ohne selbst in dem Hause zu wohnen, erhellet auch aus *§. 2. I. b. t.* wo es heißt: Item is, qui aedium usum habet, hactenus ius habere intelligitur, ut ipse tantum inhabitet; nec hoc ius ad alium transferre potest.

Ferner wenn der usus von einer Heerde Ochsen gegeben ist, kann nach der schon oben angeführten *L. 12. §. 3. D. b. t.* jeden Gebrauch davon machen, der sich nur immer von solchen Thieren, salva substantia, machen läßt, ohne daß der Ausübung seines Rechts andere Gränzen gesetzt sind, als die wegen des Vermuthens.

Eben so ist es bey dem usu servorum; wovon *§. 3. I. b. t.* gesagt wird: Item is, ad quem servi usus pertinet; ipse tantum opera atque ministerio eius uti potest: ad alium vero nullo modo ius suum transferre, ei concessum est. Idem scilicet iuris est et in jumento.

Noch gehört hierher *L. 12. §. 4. D. b. t.* Equitii quoque legato usu, videndum, ne et domare possit,

fit, et ad vehendum sub iugo uti? et si forte auriga fuit, cui usus equorum relictus est, non puto eum Circensibus his usurum: quia quasi locare eos videtur. Sed si testator sciens, eum huius esse instituti et vitae, reliquit, videtur etiam de hoc usu sensisse.

II. Die Sache trägt zwar Früchte, allein sie ist von der Art, daß sie ganz gebraucht werden kann, ohne die Früchte derselben zu percipiren. Z. B. es erhält Jemand den usus von Schaafen, Kühen, oder Mutterpferden. Hier tritt der Fall ein, wo der Unterschied zwischen usus und fructus vorzüglich wichtig ist. Der Usuar hat zwar das volle Gebrauchsrecht. Er kann das Vieh ad stercoreandum, die Pferde zum Reiten und Ziehen gebrauchen, soviel er will; allein an den Jungen, an der Milch, so wie an der Wolle von den Schaafen hat er nach der ganz richtigen und consequenten Entscheidung des La-
beo L. 12. §. 2. D. b. t. keinen Theil, weil diese zu den Früchten gehören. Von dieser Meinung geht auch selbst Ulpian im allgemeinen gar nicht ab, sondern macht nur für den einzelnen Fall eines Legats eine Ausnahme, und zwar darum, weil ein letzter Wille nicht gar zu streng zu interpretiren sey. Blos aus diesem Grunde, sagt Ulpian, sey es billig, daß der Legatar auch nothdürftige Milch von den Schaafen percipiren dürfe. Gesezt also es wird der usus einer Heerde durch eine Handlung unter den Lebendigen bestellt, so ist die Auslegung wider den Usuar zu machen, und er kann in diesem Falle auch nicht einmal auf das modicum lactis Anspruch machen ⁹⁶⁾. Von den Jungen
und

96) Es ist also ganz unrichtig, wenn Höpfner im Commentar §. 383. Nr. 4. sagt: „Wer usum eines oder mehrerer Stücke Vieh

und der Wolle hingegen erhält der Usuar nichts, es mag der usus constituit seyn, wie er will. Denn der usus ist ohne alles dieses sehr gut möglich, und selbst eine benigna interpretatio darf nie zu weit gehen ⁹⁷⁾ Daher sagt nun auch Justinian ganz der Meinung des Labeo gemäß §. 4. l. b. t. Sed et si pecorum, vel ovium usus legatus sit: neque lacte, neque agnis, neque lana utetur usufructarius: quia ea in fructu sunt. Plane ad stercorandum agrum suum pecoribus uti potest.

III. Die Sache an sich kann zwar ohne Fruchtgenuß gebraucht werden, allein das Recht des Usus kann ohne Genuß der Früchte nicht vollkommen wirksam seyn, und ist mithin in der Bestimmung, unter welcher die Sache zum usus ertheilet worden, mit begriffen. Z. B. Es ist Jemandem der usus villae d. i. eines bewohnbaren Landguts vermacht. Hier ist voller Gebrauch der Sache, insofern er ohne den Fruchtgenuß möglich ist, hingegen ein auf die Bedürfnisse des Usuars eingeschränktes Recht auf die Früchte in dem Usus enthalten. Folgende Stelle aus Ulpian ist hier vorzüglich merkwürdig. L. 12. pr. et §. x. D. b. t. Plenum autem usum debet habere, si et villae et praetorii ei relictus est. Venire plane proprietarium ad fructus percipiendos, magis dicendum est: et

„Vieh hat, bekommt von der Milch und dem Dünger soviel, als er nöthig hat!“ Wo steht das geschrieben?

97) Höpfner a. a. O. sagt: warum der Usuar von der Wollse und den Jungen nichts erhalte, davon weiß ich eine hinlängliche Raison nicht anzuführen“. Konnte denn Labeo den Grund deutlicher ausdrücken, als wenn er sagt: haec magis in fructu esse?

Glücks Erläut. d. Pand. 9. Th.

8 f

et per tempora fructuum colligendorum etiam habitare illic posse, admittendum est. Praeter habitationem, quam habet, cui usus datus est; deambulandi quoque et gestandi ius habebit. *Sabinus* et *Cassius* et lignis ad usum quotidianum, et horto, et pomis, et oleribus, et floribus, et aqua usurum: non usque ad compendium, sed ad usum, scilicet non usque ad abusum. Idem *Nerva*: et adjicit, stramentis etiam usurum; sed neque foliis, neque oleo, neque frumento, neque frugibus usurum. Sed *Sabinus* et *Cassius* et *Laheo* et *Proculus* hoc amplius etiam ex his, quae in fundo nascuntur, quod ad victum sibi, suisque sufficiat, sunturum, et ex his, quae *Nerva* negavit. *Iuventius*, etiam cum convivis et hospitibus posse uti. Quae sententia mihi vera videtur: aliquo enim largius cum usuuario agendum est pro dignitate eius, cui relictus est usus. Sed utetur is (ut puto) duntaxat in villa. Pomis autem et oleribus et floribus et lignis, videntum, utrum eodem loco utatur duntaxat, an etiam in oppidum ei deferri possint? Sed melius est accipere, et in oppidum ei deferenda: neque enim grave onus est horum, si abundant in fundo ⁹⁸).

Unvollständig ist diese Stelle in den Institutionen excerptirt, wo sie folgendermassen lautet:

§. 1. *I. b. t.* Minus autem iuris est in usu, quam in usufructu. Nam is, qui fundi nudum habet usum, nihil ulterius habere intelligitur, quam ut oleribus, pomis,

98) Ueber diese Stelle vergleiche WESTPHAL de lib. et servitut. praed. §. 749. not. 667.

mis, floribus, foeno, stramentis, et lignis *ad usum quotidianum* utatur: in eoque fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit, neque iis, per quos opera rustica fiunt, impedimento: nec ulli alii ius, quod habet, aut locare aut vendere, aut gratis concedere potest, (cum is, qui usumfructum habet, possit haec omnia facere.)

IV. Die Sache ist eine solche, welche gar nicht ohne Früchte benutzt werden kann. Z. B. es ist der usus einer Wiese, oder eines Fischteiches eingeräumt worden. Hier darf zwar der Usuar von den Früchten Gebrauch machen, also die Wiese mähen, und in dem Teiche fischen lassen, weil sonst sein Recht ohne alle Wirkung und Nutzen seyn würde. Dies bringt auch die Auslegung der Verträge und Testamente mit sich, welche immer auf eine solche Art geschehen muß, daß das Rechtsgeschäft, wodurch die Servitut constituit wurde, nicht unnütz sey⁹⁹⁾. Indessen darf er doch von den Früchten nicht mehr nehmen, als er gerade nach seinem Stand zu seiner und der Seinigen Noth, durft gebraucht. Ueberschreitet der Usuar die Gränzen der Bedürfnisse, so muß der Richter auf angebrachte Klage desjenigen, welchem die Ueberschreitung zum Nachtheil gereicht, nach Billigkeit und Umständen die Bestimmung festsetzen. Sollte er aber alle Früchte der Sache nothwendig brauchen, so darf er sie auch alle nehmen, eben so gut, als ob er den Nießbrauch hätte. Hierher gehören folgende Gesetzstellen.

§ f 2

L 15.

99) L. 80, D. de Verb. Obl. L. 21. D. de rebus dub. C. 108.

AVERANTIUS. Interpretat. iuris Lib. V. cap. 11. nr. 2 et 7.

*L. 15. D. h. t. Fundi usu legato, licebit usufruario et ex penu, quod in annum duntaxat sufficiat, capere; licet mediocris praedii eo modo fructus consumantur: quia et domo et servo ita uteretur, ut nihil alii fructuum nomine superesset*¹⁰⁰). Sicut is, cui usus fundi legatus est, quominus dominus agri colendi causa ibi verferetur, prohibere non potest, alioquin et frui dominum prohibebit; ita nec heres quidquam facere debet, quominus is, cui usus legatus est, utatur, ut bonus paterfamilias uti debet.

L. 22. §. 2. D. eod. Usu legato, si plus usus sit legatarius, quam oportet, officio iudicis, qui iudicat, quemadmodum utatur, quid continetur? ne aliter, quam debet¹), utatur.

Dies wäre nun also der Fall, wo der usus bloß auf die Bedürfnisse desjenigen, welchem derselbe erteilt worden

100) In den *Basilic. Lib. XVI. Tit. VIII. Const. 15. (Tom. II. pag. 294.)* lauten die Worte so: *Εκ τῶν ἐν τῷ ἀγρῷ γινομένων μελλαρικῶν ὁ τὴν χρῆσιν μόνην ἔχων τό πρὸς ἐνιαυτὸν ἀρκοῦν αὐτῷ λαμβανέι, εἰ καὶ πάντα δαπανῶνται. Καὶ τῷ δοῦλῳ γάρ καὶ τῷ οἴκῳ κέχρηται ὁ τὴν χρῆσιν μόνην ἔχων, ὥς μὴ υπολειφθῆναι τὸν καρπὸν ἄλλῳ i. e. Qui nudum usum habet, ex rebus penuariis, in fundo provenientiibus, quod in annum sufficiat, capit, licet omnia consumantur: nam et domo et servo usufructus ita utitur, ut fructus alii non superfit.*

1) *Quam debet* ist hier soviel, als: *quam necesse habet, five, ne plus sumat, quam praecise ipsi ad necessitatem opus sit*, wie *Ulr. HYBER* in *Eunomia Rom. pag. 358.* diese Stelle ganz richtig erklärt. Der Richter bestimmt dieses nach dem Stande, und den persönlichen Verhältnissen des Usuars.

den, beschränkt ist. Aber auch diese Regel ist nicht ohne Ausnahmen. Zwen Fälle giebt es nämlich, wo der Usuar mit dem Usufructuar völlig gleiche Rechte hat.

1) Wenn der usus eines Waldes vermacht worden. Pomponius sagt von diesem Falle *L. 22. pr. D. h. t. Divus Hadrianus, cum quibusdam usus sylvae legatus esset, statuit, fructum quoque eis legatum videri: quia, nisi liceret legatariis caedere sylvam, et vendere, quemadmodum usufructuariis licet, nihil habituri essent ex eo legato.* Hier kann also der Usuar Holz fällen und verkaufen, wie der Usufructuar ²⁾).

2) Wenn der Gegenstand des usus eine fungible Sache ist, z. B. es ist der usus vom Gelde vermacht. Hier ent-

§ f 3

hält

2) In den Basiliken Lib. XVI. Tit. 8. Constit. 22. T. II. pag. 295. heißt es: *Ο τὴν χεῖσιν μόνην ἔχων τῆς ὕλης, καὶ χεῖσιν καρπῶν ἔχει, καὶ πωλεῖται τεμνῶν. ὡς ὁ τὴν χεῖσιν τῶν καρπῶν ἔχων.* i. e. *Qui usum sylvae habet, et fructum habet, et sylvam caedit, ac vendit, quemadmodum fructuarius.* Viele erklären jedoch diese Stelle mit Accursius von einem solchen Falle, wo der Wald von dem Wohnorte des Usuars sehr entfernt liegt, und die Kosten, wenn der Usuar das Holz selbst fällen, und zu seiner Wohnung fahren lassen müßte, da her sich belaufen würden, als wenn er das Holz selbst kaufte. Aber auch hier dürfe der Usuar doch nur soviel Holz verkaufen, als er selbst gebrauchen würde, wenn der Wald näher läge. C. Hug. DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. X. c. 24. §. *Hoc autem.* p. 519. Franc. CONNANUS Commentar. iuris civ. Lib. IV. c. 5. p. 240. Ulr. HUBER Eunomia Rom. ad h. L. pag. 356. Io. VOET COMM. h. t. §. 3. und WESTPHAL §. 760. not. 683. Allein man sehe Io. D'AVEZAN servitut. libr. P. III. Cap. I. (bey MEERMAN Tom. IV. pag. 130.) und POTHIER Pandectae Iustinian. T. I. h. t. Nr. XVII. pag. 250.

hält der *usus* gleichfalls eben soviel, als der *ususfructus*. *Quae in usufructu pecuniae diximus*, sagt *Ulpian L. 5. §. 2. D. de usufr. ear. rer. quae usu consum. vel caeterarum rerum*, quae sunt in abusu, eadem et in usu dicenda sunt. Nam *idem continere usum pecuniae et usufructum*, et *Iulianus* scribit, et *Pomponius lib. 8. de stipulationibus*.

Nach dem allen wäre also der *Usus* diejenige persönliche Servitut, vermöge deren Jemand befugt ist, eine fremde Sache vollständig zu gebrauchen, und auch nach Beschaffenheit ihres Gegenstandes von den Früchten der Sache sich zuzueignen, soweit es die Wirksamkeit des Gebrauchsrechts erfordert, oder der Fruchtgenuß in der Bestimmung, unter welcher die Sache zum Gebrauch erteilet worden, mit begriffen ist, ohne jedoch die Ausübung dieses Rechts auf Andere ganz übertragen zu dürfen.

§. 649.

Entstehung und Endigung des *usus*. Findet bey dieser Servitut ein Accrescenzrecht Statt?

Der *Usus* wird nun auf die nämliche Art errichtet, und geht auch eben so, wie der *ususfructus*, verloren. *Cajus* und *Justinian* sagen dieses einstimmig. Jener *L. 1. §. 1. D. b. 2. Constituitur etiam nudus usus*, id est, sine fructu; *qui et ipse iisdem modis constitui solet, quibus et usufructus*; und noch vollständiger *L. 3. §. 3. D. de usufr. Quibus autem modis usufructus et constitit, et finitur, iisdem modis etiam nudus usus solet et constitui, et finiri. Dieser Princ. I. eod. iisdem illis modis, quibus usufructus constituitur, etiam nudus usus constitui solet,*
iis-

eademque illis modis finitur, quibus et ususfructus definit.

Es ist auch keinem Zweifel unterworfen, daß der usus einer und derselben Sache, eben so wie der ususfructus, mehreren Personen vermacht werden könne, wenn gleich Johann Brunnemann³⁾ und Paul Busius⁴⁾ das Gegentheil behaupten. Nicht nur Pomponius sagt es, wie wir aus Ulpian's Relation L. 14. §. 2. D. b. t. wissen, wo es heißt: *Idem ait, et si tibi usus, mihi fructus legetur, concurrere nos in usu, me solum fructum habiturum*; sondern Paulus setzt dies vollends außer allem Zweifel, wenn er L. 10. §. 1. D. *Communi divid.* den Fall entscheidet: *Si usus tantum noster sit, qui neque venire, neque locari potest, quemadmodum divisio fieri potest in communi dividundo iudicio, videamus? Sed Praetor interveniet, et rem emendabit; ut, si iudex alteri usum adjudicaverit, non videatur alter, qui mercedem accipit, non uti; quasi plus faciat, qui videtur frui, quia hoc propter necessitatem fit.* Paulus redet hier von der Theilungssache, welche ein Usuar gegen den andern angestellt hat. Konnte hiervon die Frage seyn, wenn es nicht an sich gewiß wäre, daß zwei Personen den usus einer und derselben Sache haben können? Ich übergehe die schon in vorigen §. aus L. 22. pr. D. b. t. angeführte Stelle, wo von dem Falle die Rede ist, da mehreren Personen der usus sylvae vermacht worden.

§ f 4

Ist

3) Commentar. ad L. 19. D. de usu et habitat.

4) Commentar. ad Pand. ad L. 5. D. de usufr. pag. 304.

Ist nun mehreren Personen der usus einer Sache ver-
macht, so ist deswegen der usus nicht unter diese mehreren
getheilt, sondern ein jeder hat einen ganz ungetheilten usus,
wenn gleich dieser ganze usus eines jeden nur auf einem je-
den, entweder getheilten, oder ungetheilten, Theil der
usufructischen Sache haftet. Denn Theile des usus können
die legatäre nicht haben, weil *L. 19. D. b. t.* ausdrücklich
sagt: *Usus pars legari non potest: nam frui quidem
pro parte possumus; uti pro parte non possumus*⁵⁾. Sehr
gründlich erklärt sich hierüber Oswald Zilliger⁶⁾, wenn
er sagt: *Quodsi res plurium usui sufficiat, eiusdem solidus
usus singulis competere potest. E. gr. sylvae amplae ac copio-
sae usus tribus legatus est. Hic legatarii non habent tres
partes divisas vel indivisas unius usus, sed pro se quisque
usum solidum ac distinctum, in quo alia differentia
inter usum ab usufructu. Usus plures unius rei esse possunt, quia
nihil impedit, quemque exempli gratia tantum arborum caedere,
quanto indigeat ad necessitatem. Ususfructus ne fit nisi unus,
Lex naturae efficit, cum pugnantiam involvat; plures in so-
lidum frui, id est, quemque omnem fructum et utilitatem
percipere. Hiermit stimmt auch Franz Connanus⁷⁾ über-
ein, wenn er sagt: *Potest pluribus eiusdem rei usu compe-
tere,**

5) In den Scholien der Basiliken wird zu *L. 19. D. cit.*
Tom. II. pag. 300. not. i. die sehr richtige Bemerkung gemacht:
*Καν γὰρ δύο τισὶ ψιλῇ λεγατέυεται χρεῖσις, ἀλλ' ὁμῶς εἰς
ἑναστος κατὰ τὸν ὁλόκληρον δοκεῖ ἔχειν τὴν ψιλὴν χρεῖσιν.*
i. e. *Licet enim nudus usus duobus legatus sit, tamen unusquisque
nudum usum in solidum habere videtur.*

6) In Donello enucleat. Lib. X. cap. 24. 4.

7) Commentar. iuris civ. Lib. IV. cap. 5. pag. 236. in fin.

tere, et quidem solidus, usumfructum autem duo habere integrum eiusdem rei non possunt, divisum possunt. Daß ein Usuar nicht den ganzen Ertrag der Sache beziehen kann, wenn er einen andern Usuar neben sich hat, ist zwar nicht zu läugnen; allein dies beweist nur soviel, daß er nicht die ganze Nutznießung, nicht aber, daß er nicht den ganzen usus habe. Ich kann den usus auf einem Theile einer Sache haben, und dennoch ist dieser usus ein ganzer usus, und nicht ein bloßer Theil desselben. Mit Rechte sagt Joseph Azevianus: ⁸⁾ *Si utor fundo, vel alia re, utique utor in solidum, usus enim dividi non potest. Verum tamen legari potest servitus usus pro parte fundi divisa, quia pars illa, quantacumque sit, fundus est. Nam quaelibet fundi portio fundus dici potest. L. 60. D. de V. S. Possunt igitur uti portione illa in solidum, et non dividitur servitus pro parte, quia tota servitus in illa portione consistit, hoc est, in illo fundo, qui a reliqua parte divisus est.* Mit Unrecht giebt Westphal ⁹⁾ dem Anton Faber Schuld, daß er das Gegentheil behauptet habe. Faber ¹⁰⁾ sagt ausdrücklich: *Usus individuum esse, et consequenter nullam eius partem legari posse, certum est. In eoque maxime differt usus ab usufructu. — Nec quod plures possint in usu concurrere, dividuum facere usum potest, non magis, quam si qua alia servitus praedialis duobus legata sit. Singuli enim utentur tota servitute in solidum, quasi re ipsa, quae servitutem debet, in solidum affecta. Sollte die Sache nicht beschaffen seyn, daß mehrere Personen, denen der usus dar-*
an

8) Interpretat. iuris Lib. IV. cap. 24. n. 9.

9) De libert. et servitut. praed. §. 766. not. 689.

10) Rational. in L. 19. D. h. t. Tom. II. P. II. pag. 169.

an vermacht worden ist, auch nur ihre Nothdurft davon bestreiten könnten, so läßt sich selbst für diesen Fall keine Ausnahme machen, sondern Westphal¹¹⁾ sagt ganz recht: *Si utilitates singulorum necessitati non sufficiant, tum forsam singulis pro rata decrescet, sed ideo non habent usus partem.* Hieraus ergiebt sich nun aber auch von selbst, daß in dem Falle, da einer von beiden Usuaren abgeht, der andere nicht einen Theil des Usus, sondern den ganzen usus erhält. Es lehrt dies theils die Natur der Sache. Denn wenn der abgehende Usuar einen ganzen Usus, und nicht bloß einen Theil desselben hatte, und der andere Usuar nichts anders, als diesen nämlichen usus erhält, so muß er nothwendig einen ganzen usus, und nicht bloß einen Theil desselben erhalten. Theils giebt uns das Römische Recht selbst darüber ein sehr einleuchtendes Argument. In der bereits oben aus Paulus angeführten Stelle L. 10. §. 1. D. Comman. divid. wird nämlich gesagt: ein Richter könne, wenn von zwei Usuaren, denen der usus der nämlichen Sache vermacht worden ist, einer gegen den andern die Theilungsklage anstellt, dem einen den usus der ganzen Sache allein zusprechen, dem andern hingegen, als Aequivalent des ihm von dem Erblasser zugedachten usus, eine gewisse ihm von dem andern auszahlende Summe zuerkennen. Wie hätte Paulus eine solche Entscheidung zulassen können, eben derjenige Paulus, der uns den Satz lehrte, *frui quidem in parte nos posse, uti pro parte non posse*; wenn derjenige, dem der Richter den usus des andern Usuars zuerkannte, einen bloßen Theil und nicht den ganzen Usus erhielt? Man wird sich also hieraus gar leicht überzeugen, daß

11) Cit. loc. pag. 515.

daß das Anwachsungsrecht mit dem usus in keinem Widerspruche stehe, sondern sich mit demselben sehr wohl vertrage, wie LUDW. FRIED. GRIESINGER ¹²⁾ ganz einleuchtend darge-
 than hat. Die meisten Rechtsgelehrten ¹³⁾ sind zwar frey-
 lich anderer Meinung. Allein sie gehen, wie mir dünkt,
 von einem ganz unrichtigen Satz aus, nämlich der usus
 sey auf die bloße Nothdurft einer Person eingeschränkt, und
 könne sich nie über diese hinaus erstrecken. Man glaubt
 also, wenn das Accrescenzrecht Statt hätte, so würde der
 Usuar mehr erhalten, als seine Nothdurft erfordert. Wie
 offenbar unrichtig aber diese Hypothese sey, ist bereits in
 dem vorhergehenden §. hinlänglich gezeigt worden. Nun
 giebt es zwar unlängbar Fälle, wo der usus wirklich auf
 die bloße Nothdurft des Usuars eingeschränkt ist. Allein
 selbst diese Fälle heben das Accrescenzrecht nicht auf. Denn
 es würde doch wenigstens insofern immer noch Statt haben,
 als der Collegatar, welcher an des wegfallenden Stelle tre-
 ten will, noch nicht soviel hat, als er nach dem Zwecke
 seines

12) Theor. Beweis, daß das Anwachsungsrecht bey der Perso-
 naldienstbarkeit des Usus Statt finden könne. Stuttgart
 1794. 8.

13) Hug. DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. X. cap. 24.
 pag. 519. Arn. VINNIUS Select. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 28.
 §. 2. in fin. Ger. NOODT Commentar. in Dig. h. t. §. A supe-
 riore. Operum T. II. pag. 209. Ulr. HUBER Praelect. ad In-
 stitut. Tit. de legatis §. 27. pag. 296. Greg. MAJANSIUS Dispu-
 tat. iuris civ. Tom. II. Disput. XXXVIII. §. 42. Io. Henr. de
 BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 3. §. 20, not. 4. WESTPHAL
 §. 854. RIFFÉ-CAUBRAY et I. B. DELAPORTE dans les Pandectes
 françaises. Tom. IX. (Paris 1805. 8.) pag. 242. Mich. God.
 WERNHER Lectissim. Commentat. in Pand. P. I. Lib. VII. Tit. 2.
 u. a. m.

seines Rechts verlangen kann, wie auch Thibaut ¹⁴⁾ ganz richtig bemerkt hat. Man unterscheide also folgende Fälle. Der Usus ist entweder gar nicht auf die Nothdurft des Usuars beschränkt, wie bey dem usus aedium, ferner bey dem usus armenti boum, auch bey dem usus sylvae; und dann hat unbedingt das Anwachsungsrecht bey dem Usus, wie bey dem Ususfructus, Statt, so oft sich der Fall ereignet, daß von mehreren, denen der usus derselben Sache vermacht worden ist, der eine auf irgend eine Art wegfällt. Oder der Usus schränkt sich auf die nothwendige Bedürfniß des Usuars ein, wie z. B. bey dem usus villae, oder eines andern fruchttragenden Grundstücks; und dann muß freylich die Nothdurft des Usuars der Maasstab seyn, wonach man bestimmen muß, ob und wieviel das Anwachsungsrecht bey dem Usus Statt finde. Wenn daher mehreren der usus eines sehr einträgllichen Grundstücks wäre vermacht worden, so daß jeder seine Nothdurft hinlänglich daraus bestreiten kann, und also, der Concurrenz ungeachtet, keiner dem andern in seinem Usus Abbruch thut, so kann hier freylich, wenn einer von beyden Usuaren wegfällt, das ius accrescendi nicht Statt finden, denn es würde hier der Natur des Usus entgegen streiten. Wäre hingegen zwey Personen der Usus eines nicht so beträchtlichen Grundstücks vermacht worden, so daß jeder die ganze Sache zu seiner Nothdurft gebrauchen könnte, so würde ohne Zweifel, nach dem Abgang des einen Usuars, das Anwachsungsrecht eintreten. Dies ist auch dem nachmaßlichen Willen des Erblassers gemäß, worauf der Grund alles Anwachsungsrechtes bey Vermächtnissen beruhet. Man kann daher mit voll-

14) System des Pandectenrechts 2. B. §. 845. a. C.

vollkommenen Grund behaupten, daß das Anwachsungsrecht auch noch nach dem Realconcurs des einen oder andern Usuars Statt finde, d. i. wenn auch der wegfallende Usuar den Usus seiner Seite schon erworben hatte, wie Griesinger ¹⁵⁾ ganz richtig behauptet. Denn der Grund ist hier der nämliche, wie beim vermachten Nießbrauch. Beide sind persönliche Dienstbarkeiten, die nicht auf die Erben übergehen.

Noch ist zu bemerken, daß in dem Falle, da der usus einer Sache bloß auf die Bedürfnisse des Usuars eingeschränkt ist, der Proprietar an den Früchten, die der Usuar zu seiner Nothdurft nicht gebraucht, einem Dritten den ususfructus geben könne. Hier behält also der Usuar, was er nöthig hat, das Uebrige muß er dem Ususfructuar überlassen, welchem insoweit auch der usus zu gestatten ist, als es der ihm gebührende Fruchtgenuß nothwendig macht ¹⁶⁾. Es fragt sich aber, ob der Usuar das, was er sich zu seiner Nothdurft an Früchten zurück behalten hatte, nach seinem Tode auf seine Erben transmittire? Franz Connamus ¹⁷⁾ entscheidet diese Frage verneinend, und setzt hierin einen besondern Unterschied zwischen dem Usus und Ususfructus. Er sagt: *In hoc quoque usum ab usufructu differre, quod moriens fructuarius fructus collectos nondum absumptos aut dissipatos transmittat ad heredes, usuaris vero non: desit enim posse uti, et quidquid superest aut percipiendorum aut perceptorum fructuum, ad dominum proprie-*

15) In der angef. Abhandlung §. 38.

16) L. 42. pr. D. de usufr.

17) Commentar. iuris civ. Lib. IV. cap. 5. pag. 239.

prietatis reddit. Ihm stimmt auch Herrmann Vulcejus¹⁸⁾ bey. Da hier von einem solchem Falle die Rede ist, wo der usus sich bloß auf die Bedürfnisse des Usuars beschränkt, so läßt sich diese Meinung damit vollkommen rechtfertigen, wenn Ulpian sagt *L. 12. §. 1. D. b. t.* der Usuar könne sich in einem solchen Falle nur soviel von den Früchten zu eignen, als er *ad usum quotidianum* nöthig hat, *non usque ad compendium*, d. i. *ut lucrum et quaestum inde faciat*¹⁹⁾.

§. 650.

Pflichten des Usuars.

In Absicht auf das Verhältniß, in welchem der Usuar zum Proprietar steht, ist zwischen ihm und dem Usufructuar kein Unterschied. Denn der Usuar hat in Ansehung der Behandlung der Sache mit dem Usufructuar gleiche Verbindlichkeiten²⁰⁾. Er muß daher auch auf eben die Art, wie der Usufructuar, Caution leisten²¹⁾. Dagegen darf aber auch der Proprietar nichts mit oder auf der Sache vornehmen, wodurch der Usuar in der rechtmäßigen Ausübung seines Gebrauchsrechtes gehindert wird²²⁾. Er muß daher die Gestalt der Sache lassen, wie sie ist. Selbst die Ver-

18) Commentar. in Institut. iur. civ. h. t. nr. 7.

19) C. WESTPHAL §. 749. not. 667.

20) *L. 19. in fin. D. b. t.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. X. cap. 25. §. penult. pag. 522.

21) *L. 5. §. 1. L. 11. D. Usufruct. quemadm. caveat.* C. WESTPHAL §. 764.

22) *L. 15. §. 1. D. b. t.*

Verbesserung der Sache, wenn sie auch dem Proprietar vielleicht Vorthelle gewährt, kann doch, wie Paulus ²³⁾ bemerkt, für den Usuar mit Nachtheil verknüpft seyn.

Die auf der *re usuaria* haftende Lasten trägt der Usuar nur nach dem Verhältniß der Vorthelle, die er von der Sache zieht ²⁴⁾. Also zuweilen ganz allein, wenn er allen Nutzen allein hat, zuweilen aber gemeinschaftlich mit dem Proprietar, wenn letzter an dem Nutzen der Sache Antheil nimmt ²⁵⁾. Eben so sollte es auch mit den Reparaturkosten gehalten werden, wenn der *usus* eines Hauses vermacht worden ist. Allein nach Paulus Entscheidung *L. 18. D. h. t.* muß sie der Proprietar tragen, wenn er den *fructus* hat, und der Usuar ist sie nur dann zu übernehmen schuldig, wenn die *res usuaria* von der Art ist, daß für den Proprietar gar kein *fructus* übrig bleibt. Dies ist der Sinn der Worte, welche so lauten: *Si domus usus legatus sit sine fructu, communis refectio est rei in partibus tectis, tam heredis, quam usufructuarii. Videamus tamen, ne, si fructum heres accipiat, ipse reficere debeat. Si vero talis sit res, cuius usus relegatus est, ut heres fructum percipere non possit, legatarius reficere cogendus est; quae distinctio rationem habet.* Pothier ²⁶⁾ will zwar die Worte *ipse reficere debeat*, so verstehen, als ob der Erbe, als Proprietar, die Reparaturkosten nur pro rata *fructuum* trage. Allein

23) *L. fin. D. h. t.*

24) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1133.

25) Hug. DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. X. cap. 25. §. fin. pag. 522.

26) Pandectae Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. IV. not. b. pag. 249.

Allein diese Erklärung ist dem wahren Sinn des Gesetzes nicht gemäß. Richtiger sagt vielmehr Anton Gaber²⁷⁾: *Nullo casu refectionis onus erit commune, sed vel ad heredem solum pertinebit, si fructum aliquem ex aedibus percipiat, vel ad solum usufructuarium, si extra usum nullus aedium fructus erit. — Possumus igitur concludere, usufructuarium, quatenus usufructuarius est, nunquam teneri ad habenda facta tecta, sed semper quatenus fructuarius est, et impedit, ne quis alius ex re usufructuaria fructum ullum percipere aut sperare possit.* Diese Erklärung bestärken auch vorzüglich die Basiliken²⁸⁾, in welchen es heißt: *Εἰ μὲν περιττεύει καρπὸς ἐκ τῆς οἰκίας ἢς μόνον χρῆσιν ἔχω, ὁ κληρονόμος λαμβάνει αὐτὸν, ποιεῖ τὰ ἀναγκαῖα. εἰ δὲ μὴ, ὁ χρῆσιν μόνον ἔχων. i. e. Si ex aedibus, quarum usum habeo, fructus supersit, eumque heres accipiat, facta tecta tueri debet: si vero non, usufructuarius.*

Noch ist zu bemerken, daß der Grundsatz: der Usuar darf sein Recht an keinen andern ganz abtreten, in seiner Anwendung zuweilen eine Ausnahme leide. Als Beispiel kann dienen, wenn der usus einer unbeweglichen Sache einem Abwesenden, oder einem solchen vermacht worden ist, der nach seinem Stande, und in seiner Lage schlechterdings auf andere Art keinen Nutzen von diesem Legat haben kann, als daß er die res usufructuaria vermiehet, oder verpachtet. Hier hat der Usuar das Recht, den Usus der legitirten Sache einem Andern

27) Rational. in Pand. ad L. 18. h. t. Tom. II. P. II. pag. 169.

Man sehe auch VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 5. VINNIUS Commentar. ad Rubr. Tit. Instit. de usu et habit. in fin. WESTPHAL §. 763. u. Les Pandect. francaïf. par DELAPORTE. T. V. pag. 340.

28) Tom. II. Lib. XVI. Tit. 8. Const. 18. pag. 294.

deß ganz zu übertragen, weil sonst das Legat unnütz wäre ²⁹⁾. Franz Connanus ³⁰⁾ giebt folgendes Beispiel. *Quid si usus aedium fullonicarum legatus homini claro, et in honore, atque divitiis posito? non dubitandum arbitror, quin locari eas possit; neque ea spe testatorem aut animo fuisse, ut vellet ipsummet legatarium habitare. Nec id novum videri debet, quum ista omnia ex testantis aut contra-bentium voluntate constituentur.*

§. 651.

Habitatio ober. usufructus s. usus aedium habitandi causa.

Die letzte Personal servitut ist die habitatio, Οικησις ³¹⁾. Man versteht darunter das dingliche Recht, ein fremdes Haus, der Substanz desselben unbeschadet, als

29) L. 12. §. 4. D. h. t.

30) Commentar. iur. civ. Lib. IV. cap. 5. pag. 240. in fin.

31) THEOPHILUS in Paraphr. gr. Institut. h. t. §. 5. hat das Wort αἰσῑτατῑων. So muß auch wohl in den Glossis verbor. iuris Basilicor. statt αἰσῑτατῑων gelesen werden, wie schon CARLABBAEUS emendirt hat, (bey EV. OTTO in Thes. iur. Rom. T. III. pag. 1706.) Die Worte τὸ οἰκῑσιον δῶρον, die in den gedachten Glossis Nomicis noch beigefügt sind, scheinen ebenfalls fehlerhaft zu seyn. Denn was soll das donum domesticum heißen? LABBAEUS emendirt daher so: τὸ οἰκῑσιον δῑνασιον. Allein IO. STRAUCH in Exercit. V. ad L. Decision. Iustin. Cap. V. nr. 12. zeigt, daß man die Worte τὸ δῶρον beybehalten könne, wenn man τῷ οἰκῑσιῳ δῶρον liest. Denn so ist es auch der L. 9. pr. D. de donat. gemäß. LYNCKER in Diss. de iure habitationis Sect. I. §. 6. sucht jedoch die alte Lesart ohne Aenderung zu vertheidigen.

Glücks Erläut. d. Pand. 9. Th.

§ 9

als Wohnung zu benutzen ³²⁾. Die alten Römischen Rechtsgelehrten waren darüber nicht einig, ob der Legatar, dem die Habitation vermacht worden, hierdurch ein dem usus, oder dem usufructus ähnliches Recht, oder ein von beiden verschiedenes eigenes Recht, welches seine besondere Natur und Beschaffenheit hat, oder wohl gar das Eigenthum des Wohnhauses erhalte ³³⁾. Die Cabinianer hielten das Vermächtniß der Habitation für eine Art von usus. Es läßt sich dieses aus verschiedenen Stellen des Pomponius und Ulpianus schließen, welche aus ihren *libris ad Sabinum* in die Pandecten sind aufgenommen worden. Jener sagt *L. 32. D. de usufr. Habitationis exceptione, sive temporali, sive ad mortem eius, qui excepit, usus videtur exceptus.* Letzter *L. 10. pr. D. b. t. Si habitatio legetur, an perinde sit, atque si usus, quaeritur? et effectum quidem idem pene esse legatum usus et habitationis, et Papinianus consensit libro 18 Quaestionum.* Die Proculianer hingegen glaubten, daß der Umfang der Rechte desjenigen, dem die Habitation vermacht worden ist, nach der ausgedehntern Peripheri des Usus-

32) C. Nic. Cbrist. LYNCKER *Diff. de iure habitationis. Giesae 1673.* und Greg. MAJANSII *Disp. de habitatione. (in eius Disputationib. iur. civ. Tom. I. Disputat. XVIII. p. 326. sqq.)* Cbrist. Henr. BREUNING *Quaest. iuris controversi, an habitatio sit servitus iuris civilis. Lipsae 1774.* und Smelin von der eigentlichen Beschaffenheit der Habitation nach dem Röm. Rechtssystem. (in den gemeinnützigen jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen 3. Band Nr. VII. S. 78. ff.

33) C. Gotfr. MASCOVIUS *de sectis Sabinianor. et Proculianor. Cap. IX. §. 3. et 4.*

fructus abgemessen werden müsse. Daher behauptete Marcellus, der, wie Emund Merillius ³⁴⁾ bewiesen hat, zu dieser Secte gehörte, daß die Habitation, eben so, wie der Ususfructus, vermietet werden könne. Justinian gedenkt dieser Meinung §. 5. *l. b. t.* in den Worten: *quamquam* ³⁵⁾ *habitationem habentibus, propter rerum utilitatem, secundum Marcelli sententiam, nostra decisione promulgata, permisimus, non solum in ea degere, sed etiam aliis locare.* Diejenigen hingegen, welche den Habitor mit dem Usuar in eine Parallele stellten, sprachen ihm das Recht der Location ab. Eine dritte, von beiden ganz verschiedene Meinung, vertheidigten Priscus Javolenus, und Neratius Priscus. Diese hielten die Habitation weder für einen usus noch ususfructus, sondern für eine von beiden ganz verschiedene dritte Servitut. Ulpian, der ihr seinen Beifall giebt, gedenkt dieser Meinung *l. 10. §. 2. D. b. t.* wo er sagt: *Si sic relictus sit illi domus ususfructus habitandi causa: utrum habitationem solam, an vero et usumfructum habeat, videndum. Et Priscus et Neratius putant, solam habitationem legatam. Quod est verum.* In einigen Fällen, wo sich die Testirer nicht deutlich genug ausgedrückt hatten, entstand sogar Zweifel, ob nicht derjenige, dem die Habitation vermacht worden, das Eigenthum des Wohnhauses

§ 2

selbst

34) Observation. Lib. 1. cap. 28.

35) So lesen Haloander, Charondas und de tortis. Allein die Lesart: *quam habitationem*, welche Eujaz, Hugo a Porta, und Baudoua haben, scheint besser und natürlicher zu seyn.

selbst verlangen könne ³⁶⁾? Dergleichen Streitigkeiten waren um so unvermeidlicher, da die Gesetze das Wesen der Habitation unbestimmt gelassen hatten, und daher die Rechtsgelahrten in solchen Fällen vorzüglich zu Rathe gezogen werden mußten. Nun hatte der Legatar wenigstens den Sprachgebrauch für sich, nach welchem das Wort *habitatio* auch für Wohnhaus genommen wurde ³⁷⁾. Alle jene Zwistigkeiten, welche unter den ältern Rechtsgelahrten über die Beschaffenheit der Habitation entstanden waren, hat endlich Justinian in einer Verordnung beigelegt, die eine von den fünfzig Decisionen ist, wodurch dieser Kaiser solche alte Rechtscontroversen entschieden hat. Es ist die *L. 13. Cod. de Usufructu et habitat.* welche folgendermaßen lautet. *Cum antiquitas dubitabat, usufructu habitationis legato, et primo quidem, cui similis esset, utrumne usui, vel usufructui, an neutri eorum; sed ius proprium, et specialem naturam sortita esset habitatio; postea autem, si posset is, cui habitatio legata esset, eandem locare, vel dominium sibi vindicare: auctorum iurgium decidentes, compendioso responso omnem huiusmodi dubitationem rescamus. Et siquidem habitationem quis reliquerit, ad humaniorem declinare sententiam nobis visum est, et dare legatario etiam locationis licentiam. Quid enim distat, siue ipse legatarius maneat, siue alii cedat, ut mercedem accipiat? Et multo magis, si habitationis usumfructum reliquerit: cum et nimiae subtilitati satisfactum videatur, etiam*

no-

36) Man sehe nur die Formeln von Vermächtnissen bey *BRISSENIUS* de formulis. et solemnib. Pop. Rom. verbis Lib. VII. Nr. 92.

37) *L. 20. §. 2. D. de instructu vel instrum. leg.*

nomine ususfructus addito. In tantum etenim valere habitationem volumus, ut non antecellat usumfructum: nec dominium habitationis speret legatarius, nisi specialiter evidentissimis probationibus ipse legatarius ³⁸⁾ possit ostendere, et dominium eius domus sibi esse relictum: tunc etenim voluntati testatoris per omnia obediendum est. Quam decisionem locum habere censemus in omnibus locis ³⁹⁾, quibus habitatio constitui potest.

§. 652.

Eigentliche Beschaffenheit der Habitation; Unterschied derselben vom *usus* und *ususfructus aedium*. Anfang und Ende derselben.

Nach dieser Decision des Kaisers Justinian macht nun also die Habitation eine eigne vom *usus* und *ususfructus aedium* ganz verschiedene persönliche Servitut aus, und es ist jetzt völlig einerley, es mag die Habitation schlechtthin, oder der *ususfructus* oder *usus* eines Hauses vermacht seyn, wenn nur dabey gesagt ist; daß das Recht

§ 3

bloß

38) Die Worte *ipse legatarius* fehlen in einigen Ausgaben, z. E. in der des Baudoza und Hugo a Porta.

39) Statt *in omnibus locis*, haben einige Codd. Mss. *omnibus modis*. So will auch Accursius gelesen wissen. Diese Lesart ist aber offenbar irrig. Justinian will sagen: seine Decision sey anwendbar ohne Unterschied des Orts, wo das Haus liegt, woran das Recht auf Wohnung vermacht worden ist. Es liege in der Stadt oder auf dem Lande. L. 5. §. 3. D. de iniur. L. 1. §. 2. D. de agnos. et alend. liber. C. 10. STRAUCH ad L. Decisiones Iustin. Exercitat. V. Cap. 5. nr. 34. und Em. MERILLIUS in Expositionib. in L. Decision. Iustin. Nr. XVI. Operum P. II, pag. 52.

bloß zur Wohnung (*habitandi causa*) constituirte worden sey. Denn schon Priscus Javolenus und Neratius Priscus, denen auch Ulpian beitrug, hielten den *usumfructum domus*, *habitandi causa relictum*, für eine bloße Habitation; und das nämliche behauptete Ulpian auch, wenn *usus aedium habitandi causa* wäre vermacht worden⁴⁰⁾. Nun hat Justinian diese Meinung in seiner Dec. n. sanctionirt⁴¹⁾. Mit Recht konnte daher Justinian §. 5. I. b. t. sagen: Si cui *habitatio* legata, sive aliquo modo constituta sit: neque *usus* videtur, neque *usufuctus*, sed *quasi proprium aliquod ius*. Die Habitation unterscheidet sich nämlich 1) vom *usus aedium*, welcher schlechthin, und ohne dem Besatz: *habitandi causa* constituirte worden ist, darin, daß der Habitor die Ausübung seines Rechts auch einem Andern überlassen kann, ohne

40) L. 10. §. 2 A. D. b. t. in fin. heißt es: Plane si dixisset testator: *usum habitandi causa*: non dubitarem, quin valeret.

41) In den Basiliken Lib. XVI. Tit. VIII. Constit. 36. findet man hierüber einen wichtigen Bestärkungsgrund. Hier ist der Sinn der L. 13. C. de *Usufuctu* auf folgende Art ausgedrückt: Η χρήση της οικίας, ούτε χρήση απλή είν, ούτε χρήση κερπών, ἀλλ' ἰδιαζόν δικαίον. Ο δὲ ἔχων χρήση οικίας, δύναται αὐτὴν μισθοῦν ἑτέρῳ τινί. πολλῶ δὲ πλέον ἐν οικίας χρήσις ἐληγχαύθη διὰ τὴν ἰδικὴν τῆς χρήσεως μίσθην, δύναται μισθοῦν: das heißt nach der lateinischen Version des Fabrotus Tom. II. pag. 298. *Usufuctus habitationis nec usus simplex est, nec usufuctus, sed ius proprium. Qui autem habitationis usum habet, eam alii locare potest: et multo magis, si habitationis usufuctus relictus sit, propter specialem usufuctus mentionem, locare potest.*

ohne selbst im Hause zu wohnen, und zwar kann die Ueberlassung nicht nur pachtweise, sondern auch unentgeltlich geschehen. Zwar redet Justinian in seiner Constitution ausdrücklich nur von dem Rechte die Habitation an einen Andern zu verpachten, und in der oben angeführten Stelle der Institutionen wird gesagt, daß Justinian dieses Recht dem Habitor nach der Meinung des Marcellus verwilliget habe. Daraus wollen denn nun mehrere Rechtsgelehrten ⁴²⁾ den Schluß machen, daß die Habitation zwar verpachtet, aber nicht unentgeltlich an einen Andern überlassen werden könne. Sie berufen sich überdem noch auf *L. 10. pr. D. h. t.* wo gesagt wird: *Denique donare non poterit, sed eas personas recipiet, quas et usufructarius.* Allein es leuchtet in die Augen, daß eine Stelle, welche sich auf die Meinung derjenigen ältern Rechtsgelehrten gründet, die das Recht des Habitors für eine Art von usus hielten, nun nicht mehr zur Entscheidung dienen könne, nachdem Justinian in seiner angeführten Decision ausdrücklich erklärt hat, daß die Habitation kein usus, sondern ein von demselben ganz verschiedenes eigenes Recht sey. Könnten dergleichen Stellen in den Pandecten noch etwas beweisen, so würde ich mit eben dem Rechte mich auf die *L. 1. §. 1. D. Commodati* berufen können, wo am Ende gesagt wird: *Vivianus etiam habitationem commodari posse ait.* Ich trage daher kein Bedenken, die Meinung

§ 4

des

42) *Franc. RAGUILLUS* in *Commentar ad Constitutiones et Decisiones Iustiniani*. Lib. III. ad *L. 13. C. de usufr.* pag. 178. *VOET* in *Comm. h. t.* §. 6. *LYNCKER* *Diss. de iure habitationis* Sect. VII. *Membr. 1.* §. 4. et 5. *DELAPORTE* et *RIFFÉ-CAUSRAY* dans les *Pandectes francaïf.* Tom. V. pag. 239. u. a. m.

des Etmund Merillius ⁴³⁾ zu unterschreiben, welcher sich hierüber sehr gründlich auf folgende Art erklärt hat. *Nec vero dubito, sagt er, quin ex hac constitutione is, cui habitatio legata est, eam donare possit. Atque Iustinianus permittit tantum locare, non donare; immo locare permittit mercede accepta: cur non donare, vel gratis concedere, mercede non accepta? Qui putabant, habitationem donari non posse, illi ad usum putabant accedere, L. 10. D. de usu et habit. At hic Iustinianus vult, tantum habitationem valere, ut non antecellat usumfructum: id est, ut non plus, sed tantundem iuris habeat habitatio legata, ac si ususfructus legatus esset. Veluti igitur ususfructus donari, et gratis concedi potest. L. 12. §. 2. D. de usufr. ita et habitatio quoque hodie donari, gratisve concedi poterit.* Wer hingegen den usus eines Hauses ohne Bestimmung der Habitation hat, kann zwar zur Noth einen Miethmann zu sich nehmen. Allein das Haus an Andere zu vermietthen, ohne selbst darin zu wohnen, oder einem Andern den Gebrauch desselben unentgeltlich zu gestatten, ohne selbst auch einen Antheil daran zu behalten, ist ihm nicht erlaubt ⁴⁴⁾. 2) Vom ususfructus aedium ist die Habitation darin unterschieden, daß der Habitator das Haus nur zur Bewohnung gebrauchen, und

43) Exposition. in L. Decision. Iustin. Nr. XV. pag. 48. Eben dieser Meinung sind auch *Ulr. HUBER* Praelect. ad Institut. h. t. §. 6. *Arn. VINNIUS* in Commentar. ad §. 5. I. h. t. nr. 2. *Greg. MAJANSIUS* Diff. cit. de habitatione §. 11. in *EIUS* disputationib. iuris civ. Tom. I. pag. 331. und *WESTPHAL* §. 767. not. 691. pag. 517.

44) §. 2. I. b. t. L. 3. D. cod.

und auch nur zu diesem Zweck an andere überlassen kann ⁴⁵⁾; dahingegen der ususfructus jede Benutzungsart des Hauses in sich begreift, die nur immer, *salva substantia*, auf eine erlaubte Art geschehen kann. Unrichtig ist es jedoch, wenn einige Rechtsgelehrten ⁴⁶⁾ das Recht des Habitators bloß auf diejenigen Theile des Hauses beschränken wollen, die zur Wohnung im strengsten Verstande bestimmt sind, und daher ihn von dem Gebrauche der Keller und Böden ausschließen. Es erstreckt sich vielmehr das Habitationsrecht unstreitig auch auf solche Theile des Hauses, die zwar nicht persönlich bewohnt, aber doch zur Haushaltung gebraucht werden ⁴⁷⁾.

Uebrigens entsteht zwar die Habitation, und geht auf eben die Art verloren, wie der ususfructus; nur darin ist wieder ein wichtiger Unterschied zwischen beiden Servitutibus, daß die Habitation weder durch *non usus*, noch durch *capitis deminutio* erlischt. Ulpian sagt *L. 10. pr. D. h. t. Nec non utendo amittitur, nec capitis deminutione*; und *Herennius Modestinus* glebt *L. 10. D. de capite minutis* zum Grunde an: *quia legatum habitationis in facto potius, quam in iure consistit*. Diese Worte werden von den Auslegern auf verschiedene Art erklärt. Die meisten ⁴⁸⁾ stimmen darin überein, daß den Worten des *Modestini*

45) LYNCKER cit. Diff. Sect. VII. membr. I. §. 2.

46) Greg. MAJANSIUS cit. Diff. §. 6. und WESTPHAL §. 767.

47) S. HÖPFNER'S Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 385.

48) Vergl. Ger. NOODT de pactis et transact. Cap. VIII. Operum Tom. I. pag. 501. und in Commentar. ad Pandect. h. t. Tom. II.

destins der Sinn beizulegen sey, nämlich, die Habitation sey kein solches Recht, welches, wie der ususfructus und usus, eine bestimmte Form durch die Gesetze erhalten habe; sie sey vielmehr ein bloß natürliches Recht, und die Gesetze hätten sie nicht für eine servitus iuris civilis anerkannt. Daher gedenke Marcian L. 1. D. de Servitut. auch nur des usus und ususfructus bey Anführung der persönlichen Servituten ausdrücklich. Eben deswegen, weil die Habitation nicht durch die Gesetze anerkannt, und in eine bestimmte Form gebracht worden, sondern gleichsam nur ein Resultat von Verträgen und letzten Willen sey, lasse sich's nun auch erklären, wie die oben angeführten mancherley Meinungen unter den ältern Römischen Rechtsgelahrten über das Wesen derselben entstanden wären, weil dieses bloß aus den vorliegenden Verträgen und letzten Willen habe bestimmt werden müssen. Kurz die Habitation sey für kein Recht nach dem Sinn und dem Sprachgebrauche der Römischen Rechtsgelahrten zu halten, oder sie sey vielmehr nur ein natürliches, und kein gesetzliches Recht, und bestehe also, wie Modestinus sagt, mehr in facto, als in iure. Hieraus lasse sich nun sehr natürlich erklären, 1) warum die Habitation durch die capitis deminutio nicht aufgehoben

pag. 210. Greg. MAJANSIUS cit. Diff. §. 9. Io. van NISPEN Diff. ad fragmenta, quae in Digestis ex Herennii Modestini IX. libris Differentiarum supersunt. Cap. IX. (in Ger. OELRICHS Thes. Dissertation. Belgicar. Vol. I. Tom. I. Nr. I. pag. 61.) Rossmann's Abhandlung, warum die habitatio vielmehr in facto als in iure bestehe? in Schott's jurist. Wochenblatt 2. Jahrg. S. 659. ff. BREUNING Quaest. iuris controuv. an habitatio sit servitus iuris civ. §. 4. Smelin in den gemeinnütz. jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen 3. B. S. 90. ff. u. HOFACKER Princ. iur. civ. T. II. §. 1134.

ben worden sey. Denn die Kapitißdeminution vertilgte zwar gesetzliche Rechte, aber da sie auf den natürlichen Zustand des Bürgers gar keine Beziehung hatte, so giengen natürliche Rechte dadurch nicht verloren⁴⁹⁾. 2) Warum auch der Nichtgebrauch keinen Verlust der Habitation nach sich ziehe, ohnerachtet der *ususfructus* in dieser Lage verloren geht. Denn natürliche Rechte, welche die Römischen Gesetze für Rechte nicht erklärt, noch anerkannt haben, sind nach dem Sinn desselben keine Rechte, und daher jene Gesetze, welche die Dauer eines Rechts beim Nichtgebrauch desselben auf einen gewissen Zeitraum eingeschränkt hatten, auf die Habitation nicht anwendbar. Allein ich habe schon an einem andern Orte⁵⁰⁾ gegen diese Erklärung erinnert, daß kein hinlänglicher Grund vorhanden sey, bey der Auslegung der Stelle des Modestinus von der gewöhnlichen Bedeutung der Worte *ius* und *factum* abzuweichen. Man hat nicht erwogen, daß Modestin vom *legato habitationis* rede, und von diesem sage, es bestehe vielmehr in *facto*, als in *iure*. Man hat ferner übersehen, welches doch sehr merkwürdig ist, daß Modestin das Vermächtniß der Habitation mit dem *legato in annos singulos, vel menses singulos relicto* in eine Parallele stellt. Ueber die *vis civilis*, oder gesetzliche Gültigkeit beyder Vermächtnisse konnte also wohl nie Zweifel entstehen. Soll nun zwischen Grund des Gesetzes und der Entscheidung selbst ein richtiger Zusammenhang Statt haben, so kann wohl der vom Modestin angeführte Grund anders nicht, als in Beziehung auf die Art der Erwer-

wer-

49) L. 8. D. de capit. minut.

50) S. den I. Theil dieses Commentars §. I. S. II. ff.

werbhang und Entstehung des Vermächtnisses, von welchem der Römische Jurist spricht, verstanden werden, wie Georg Ludewig Böhmer ⁵¹⁾ ganz einleuchtend gezeigt hat. Das Vermächtniß der Habitation hat nun die besondere Eigenschaft, daß das Recht des Legatars nicht gleich nach geschעהner Erbschaftsantrittung ipso iure seinen Anfang nimmt, sondern erst per factum habitationis erworben wird, mithin von der Zeit anfängt, da der Legatar die ihm vermachte Wohnung wirklich bezieht ⁵²⁾. Das Recht des Legatars wird also nicht ein für allemal erworben, sondern es nimmt so oft von neuen wieder seinen Anfang, als der Legatar wieder zu wohnen anfängt. Es ist solchemnach das Legat der Habitation nicht ein einfaches, sondern ein vielfältiges Legat ⁵³⁾, welches mehrere Vermächtnisse in sich begreift, und gleichsam mit jedem Tage aufs neue wieder constituiert wird, nicht anders, als ob die Habitation auf jeden Tag wäre vermacht worden. Denn dies bringt die Eigenschaft eines legati in annos singulos vel menses singulos relictum mit sich, mit welchem Modestinus

das

51) Progr. Observationem ad sententiam Modestini in L. 10. D. de cap. minut. contin. Goettingae 1778. 4.

52) Man vergleiche auch Hug. DONELLI Commentar. iuris civ. Lib. X. cap. 21. pag. 515.

53) Wenn Marcellus L. 15. pr. D. de usu et usufr. leg. sagt: damnas esto heres, Titium sinere in illa domo habitare, quoad vivet: unum videtur esse legatum, so beurtheilt er das Vermächtniß bloß nach der Person des Erben, welchem der Testator damit beschwert hat. In Rücksicht desselben ist freylich dasselbe nur als ein einiges Vermächtniß zu betrachten, weil der Erbe seiner Verbindlichkeit entlediget ist, sobald er, nach Antretung der Erbschaft, dem Legatar die Wohnung eingeräumt hat.

das Vermächtniß der Habitation vergleicht. Ulpian läßt uns hieran nicht zweifeln, wenn er *L. 1. pr. D. Quando dies ususfr. leg. cedat* sagt: *Si cui in menses, vel in dies, vel in annos singulos quid legetur, per dies singulos, vel menses, vel annos dies legati cedit.* Unde quaeri potest, si usufructus *per dies singulos* legetur, vel in annos singulos, an semel cedat? et puto, non cedere simul, sed per tempora adjecta, ut *plura legata* sint. Solche Legate, quorum dies non semel cedit, sondern deren Erwerbung, mit jedem Jahre, oder Monate, oder Tage immer wieder von neuem geschieht, haben nun die besondere Natur, daß sie weder durch eine *capitis deminutio*, noch durch non usus verloren gehen⁵⁴⁾. Denn wenn auch der Legatar eine *Capitisdeminutio* erleiden sollte, so geht doch das Legat nur für die Zeit verloren, da die *capitis deminutio* gedauert hat, nicht für die Zukunft; und wenn er sich auch eine Zeitlang der Wohnung nicht bedient hat, so ist nur für diese Zeit die Habitation verloren gegangen, nicht für die Zukunft, *quia non unum est legatum, adeoque nec semel cedit, sed ex quolibet tempore, quo novum habitationis factum intervenit, de novo constituitur*, wie Böhmer in der angeführten Abhandlung sehr gründlich sagt. Man darf jedoch, wie ich schon oben erinnert habe, hierbey ja nicht außer Acht lassen, daß Modestinus bloß von dem *Legato habitationis* rede, wenn er solches nach dem Beispiel eines legati, in annos vel menses singulos relict; nicht für ein einiges, sondern für ein mehrfaches Legat, dem präsumtiven Willen des Testirers gemäß, erklärt.

54) *L. 28. D. Quib. mod. ususfr. amitt. L. 8. D. de annuis legatis.*

flärt. Ganz anders verhält sich die Sache, wenn die Habitation durch Vertrag constituit wird. Hier sagt Paulus L. 35. §. ult. D. de mortis causa donat. Qui in tempus vitae, vel in annos singulos sibi quidquam stipulatus est, non est similis ei, cui in annos singulos legatum est: nam licet multa essent legata, stipulatio tamen una est, et conditio eius, cui expromissum est, semel intuenda est⁵⁵⁾. Ist also der Vertrag hier nur ein einziger, und also das Recht der Habitation dadurch ein für allemal erworben, so muß dasselbe auch auf eben die Art erlöschen, wie persönliche Dienstbarkeiten, welche durch Vertrag constituit worden sind, nach dem neuern Röm. Rechte⁵⁶⁾ verloren gehen⁵⁷⁾.

Ich bemerke noch zum Beschluß dieser Materie, 1) daß die alten Römischen Rechtsgelehrten auch darüber nicht einig gewesen zu seyn scheinen, wie lange die Habitation dauere, wenn sie schlechtthin vermacht worden sey? ob sie nämlich nur auf ein Jahr sich beschränke, oder auf die ganze Lebenszeit des Legatars sich erstrecke? Ulpian⁵⁸⁾ erzählt, Rutilius, vermuthlich P. Rutilius Rufus, wie Greg. Majansius⁵⁹⁾ mit vieler Wahrscheinlichkeit gezeigt hat, habe

55) Bergh auch noch L. 16. §. 1. D. de Verbor. oblig.

56) L. 16. C. de usufr.

57) C. BOEHMER cit. Progr. §. XI.

58) L. 19. §. 3. D. b. t. Utrum autem unius anni sit habitatio, an usque ad vitam, apud veteres quaesitum est. Et Rutilius, donec vivat, habitationem competere ait. Quam sententiam et Celsus probat lib. 18. Digestorum.

59) Ad triginta Ictorum fragmenta Commentar. Toni. II. pag. 19. §. 3.

habe behauptet, daß dem Legatar die Habitation zustehe, so lange er lebt; und diese Meinung habe auch Celsus gebilliget. 2) Ist mehreren Personen zusammen die Habitation vermacht, so tritt auch hier ohne Zweifel das Accrescenzrecht ein, wenn einer von den Legataren wegfällt, ja es muß auch hier aus dem nämlichen Grunde, wie bey dem usufructus und usus, noch post reale concursum Statt finden⁶⁰). Scävola läßt uns hieran nicht zweifeln, wenn er *L. 34. pr. D. de usu-usufr. leg.* sagt: *Idem quaesit, defunctis quibusdam ex libertis, quibus habitatio relicta erat, an portiones domus, in quibus hi habitaverant, iam ad Rempublicam pertineant?* Respondit: *quoad aliquis eorum vivat, fideicommissum Reipublicae non deberi.* Es rechtfertiget sich auch aus dem bereits Gesagten die Meinung Lynckers⁶¹) vollkommen, welcher sagt: *Si habitatio aliquibus conjunctim relinquitur, uno vel altero deficiente accretio obtinebit, per quam etiam is iterum admittetur in portionem postmodum deficientis, qui iam ante portionem suam amiserat.* Endlich 3) ist es keinem Zweifel unterworfen, daß dem Habitor die auf dem Hause haftenden Abgaben zur Last fallen, so wie auch derselbe das Haus in baulichem Wesen zu erhalten, und die erforderlichen Reparaturen auf eigene Kosten zu bestreiten in eben der Maasse, wie der Usufructuar, verbunden ist⁶²).

60) G. WESTPHAL de lib. et servitut. praedior. §. 834. pag. 585.

61) Diff. de iure habitationis Sect. III. §. 7.

62) LYNCKER cit. loc. Sect. VII. membr. II. §. 2. seqq.

Lib. VII. Tit. IX.

Usufructuarius quemadmodum caveat.

§. 653.

Ursprung, Begriff und Inhalt der usufructuarischen Caution.
Ausdehnung derselben auf alle persönliche Servituten.

Damit der Proprietar gesichert sey, daß der Usufructuar den ihm obliegenden Verbindlichkeiten ein Genüge leiste⁶³⁾; so hielt es der Prætor für billig, den Nutznießer zu einer Cautionleistung zu verpflichten, welche deswegen *cautio usufructuaria*⁶⁴⁾ genennet wird. Ulpian sagt *L. 1. pr. D. b. t. Si cuius rei ususfructus legatus sit, æquissimum Prætori visum est, de utroque legatarium cavere: et usurum se boni viri arbitrato; et, cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restitutum, quod inde*

63) *L. 13. pr. D. de usufr.* Nam sicuti debet fructuarius uti frui, ita et proprietatis dominus securus esse debet de proprietate.

64) Von dieser Caution handeln Ger. NOODT de usufructu Lib. I. cap. 18. GALVANUS de usufructu cap. XIX. Nic. Christ. LYNKER Diss. de cautione usufructuaria Ienæ 1681. et rec. Halæ 1737. 4. Io. Henr. FELZ Diss. de eod. arg. Argentorati 1715. und Wplr. BURCHARDI Diss. II. qua demonstratur: cautionem usufructuariam nec veri nec quasi ususfructus substantiam ingredi. Herbornæ 1757. 4.

inde exstabit. Diese Caution besteht nun aus zwey Hauptpuncten ⁶⁵⁾, 1) daß der Usufructuar die Sache ordnungsmäßig gebrauchen, und so damit umgehen wolle, wie ein guter Wirth mit seinen Sachen zu verfahren pflegt ⁶⁶⁾. 2) Daß er die Sache nach Endigung seines Rechts gehörig zurückgeben wolle, so wie sie nämlich durch ordnungsmäßigen Gebrauch

ges

65) Ulpian sagt *L. 1. §. 6. D. b. t. Habet autem stipulatio ista duas causas: unam, si aliter quis utatur, quam vir bonus arbitratur; aliam de usufructu restituendo.* Hier heißen causas soviel als *clausulae*, wie CULACIUS Observation. Lib. IX. cap. 39. aus mehreren andern Gesetzstellen erwiesen hat.

66) *L. 1. §. 3. D. b. t. Cavere autem debet: viri boni arbitratus perceptum iri usufructum, hoc est, non deteriores se causas usufructus facturum, caeteraque facturum, quae in re sua faceret.* Die Worte der Caution's Formel: *boni viri arbitratus* werden von den Auslegern verschieden erklärt. Man sehe vorzüglich Io. WUNDERLICH lib. sing. de usu inscriptionum Roman. veter. maxime sepulchral. in iure. Observat. II. §. 11. pag. 67. sqq. Er selbst hat ausführlich zu beweisen gesucht, daß die Caution'sformel des Usufructuars: *se usum boni viri arbitratus*, auf keine Weise anders, als so verstanden werden werden könne: *se ita usum, quemadmodum determinaverit iudex, cui causam hanc commisit Praetor, eoque, nec alio, modo, quem is praescribi voluerit, ita tamen, ut ultimae voluntati testatoris eiusque dispositioni fiat satis.* Daß unter dem Ausdruck *bonus vir* in den Gesetzen der *iudex* verstanden werde, sey bekannt. *L. 137. §. 2. D. de verb. oblig. L. 4. §. 1. D. fam. ercisc.* und von seiner billigen Bestimmung werde vorzüglich das Wort *arbitratus* gebraucht. *L. 13. §. 2. D. de usufr. L. 17. §. 5. D. de iniur.* Nun sey bey Errichtung der Caution dem Usufructuar *arbitratus iudicis* der *modus* vorgeschrieben worden, wie er die Sache nutzen und gebrauchen solle. *L. 13.*

§. 1.

geworden ist⁶⁷⁾. Anfangs hatte zwar diese Caution nur bey einem legitimen Ususfructus Statt; sie wurde aber nachher nicht nur auf jeden andern Nießbrauch ausgedehnt, er mochte durch ein Fideicommiß, oder durch eine Schenkung von Todes wegen, oder durch einen Contract bestellet seyn, sondern man ließ sie utiliter, d. i. der Billigkeit wegen, auch bey den übrigen persönlichen Servituten zu. Hierher gehören vorzüglich folgende Gesetze.

L. 13.

§. 1. *D. de Usufr.* sage: Cum de usufructu agitur, non solum, quod factum est, arbitratur, sed etiam in futurum, *quemadmodum uti frui debet.* Hiernauf ziehe auch die L. 4. C. eod. wo es heißt: *Satisfactio boni viri arbitrato praebeatur.* Hiernach sey nun L. 1. §. 5. *D. b. t.* Utilius autem visum est, stipulatione de hoc caveri, ut, si quis non viri boni arbitrato utatur, committatur stipulatio statim, so zu verstehen: si non ita utatur re, quemadmodum iudex definiverit et praescripserit. Ich läugne nicht, daß unter boni viri arbitratus in den Gesetzen vorzüglich das richterliche Ermessen verstanden werde. Dies kann aber doch nur eintreten, wenn darüber Streit entsteht, ob der Usufructuar seinen Pflichten ein Genüge geleistet habe; und dann bleibt doch immer der Maasstab der, wie ein guter Wirth mit seiner Sache umzugehen pflegt. Ueber die ganze Sache giebt uns unstreitig Paulus den besten Aufschluß, wenn er Lib. III. *Sententiar. Receptar. Tit. 6. §. 27.* bey SCHULTING in *Iurispr. Antejust. p. 361.* sagt: Usufructu legato de modo utendi cautio a fructuario solet interponi: et ideo perinde omnia se usurum, ac si optimus paterfamilias uteretur, fideiussoribus oblatis cavere cogetur.

67) Dies ist wohl unstreitig der Sinn der Worte: *Quod inde exstabit*, nämlich se restitutum rem talem, qualis finito usufructu erit, etiamsi usu, prout boni viri arbitrato licuit, diminuta aut deterior facta sit, wie BURCHARDI cit. Diss. §. 17. und HOF-

ACKER

L. 13. pr. D. de usufr. Si cuius rei usufructus legatus erit, dominus potest in ea re satisfactionem desiderare, ut officio iudicis hoc fiat. — Haec autem ad omnem usumfructum pertinere, Iulianus lib. 38. Digestorum probat.

L. 1. §. 2. D. h. t. Illud sciendum est, ad fideicommissa etiam aptari eam debere. Plane, et si ex mortis

§ h 2

causa

ACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1137. diese Worte erklären. CUIACIUS Observation. Lib. IX. cap. 39. glaubt jedoch die Formel: *quod inde extabit*, sey nur de possessione rei restituenda zu verstehen. Allein man darf sich nicht irre führen lassen, wenn Ulpian sagt: L. 1. §. 7. D. h. t. Quod diximus, id, quod inde extabit. restitutum iri, non ipsam rem stipulatur proprietarius; inutiliter enim rem suam stipulari videretur: sed stipulatur restitutum iri, quod inde extabit. Richtiger hat diese Worte GER. NOODT de usufr. Lib. I. cap. 28. Oper. Tom. I. pag. 432. erklärt. Notandum, sagt er, quod non iubet Praetor, proprietarium stipulari, ipsam rem dari: (nam rem suam dari, inutiliter stipulatur, cum, quod eius est, amplius eius fieri nequeat) sed iubet, eum stipulari, restitutum iri, quod inde extabit: quia, quod meum est, etsi non possit mihi dari, mihi tamen restitui potest. L. 1. §. ult. D. usufr. quem. cav. Non magis praetereundum est: quod in hanc stipulationem tantum venit restitutio eius, quod extabit. Sic enim iussit Praetor: nempe quia fructuario fit ius terendae rei attritioni obnoxiae: si ea utatur boni viri arbitratu. Sed et alias potest fieri, ut res minuat sine culpa fructuarii. Bonum igitur factum Praetoris: jubentis, rem restitui, non qualis fuit tempore constituti usufructus, sed qualis erit tempore finiti. L. 9. §. 3. D. eod. tit. Hierin stimmt auch Io. D'AVEZAN lib. servitutum. P. III. Cap. IX. §. Dixi horum verborum etc. bey MEERMAN Tom. IV. pag 144. sq. überein, wo er den Cuias; namentlich widerlegt. Man sehe auch POTHIER Pandect. Justin. Tom. I. h. t. Nr. XI. not. g. et h.

causa donatione ususfructus constituitur, *exemplo legatorum* debet haec cautio praestari. Sed et si *ex alia quacunque causa* constitutus fuerit ususfructus, idem dicendum est.

L. 4. C. de usufructu. Usufructu constituto consequens est, ut satisfactio boni viri arbitrato praebeatur ab eo, ad quem id commodum pervenit, quod nullam laesionem ex usu proprietatis afferat. *Nec interest, sive ex testamento, sive ex voluntario contractu ususfructus constitutus est.*

L. 5. §. 1. D. b. t. Sed si *usus* sine fructu legatus erit, adempta fructus causa, satisfactio iubet Praetor. Hoc merito: ut de solo usu, non etiam de usufructu caveatur.

L. 5. §. 2. eod. Ergo et si *fructus sine usu* ⁶⁸⁾ obtigerit, stipulatio locum habebit.

L. 5 §. 3. eod. Et si *habitatio, vel operae hominis, vel cuius alterius animalis, relictæ fuerint, stipulatio* locum

68) Diesem ist *L. 14. §. 1. D. de usu et habit.* nicht entgegen, wo gesagt wird: Et fructus quidem *sine usu* esse non potest. Denn in eben dieser Stelle wird gleich nachher §. 3. gesagt: Poterit autem apud alium esse usus, apud alium *fructus sine usu*. Es kommt auf den Gegenstand an, wie weit sich der Fruchtge-
nuß vom Gebrauch der Sache trennen läßt. Siehe den vor-
igen Titel. Man vergleiche auch über diese Stellen *Iac. Cujacius* Observation. Lib. XIII. c. 12. *Gilb. REGIUS EVANTIOPAV.*
iuris civ. Lib. I. cap. 11. (in *Ev. OTTONIS Thes. iuris Rom.*
Tom. II. pag. 1485.) *Ger. NOODT de usufr.* Lib. II. cap. I.
Oper Tom. I. pag. 448. und besonders *Io. D'AVEZAN* Servitut.
libr. P. III. cap. 9. §. *Quid sit fructus.* bey *MEERMAN* Tom. IV.
pag. 145.

locum habebit; licet per omnia haec usumfructum non imitantur.

Diese Caution muß übrigens geleistet werden, die Sache, die den Gegenstand der Servitut ausmacht, sey eine bewegliche oder unbewegliche ⁶⁹⁾.

Verschieden von dieser Caution ist diejenige, welche bey dem Quasi usufructus zu leisten ist. Diese wird *cautio quasi fructuaria* ⁷⁰⁾ genannt, und ist nicht, wie die usufructuarische, vom Prätor, sondern durch das oben erklärte Senatusconsultum vom Quasiusufructus eingeführt worden. Daher wird sie auch von den Rechtsgelehrten zum Unterschied von jener, welche eine *cautio praetoria* ist, *cautio civilis* oder *senatoria* ⁷¹⁾ genannt. Diese *cautio quasi usufructuaria* geht nun dahin, daß statt der verbrauchten Sache eine andere von eben der Qualität und Quantität, oder deren Werth nach geendigtem Mißbrauch restituirt werden solle ⁷²⁾.

§. 654.

Ist die *cautio usufructuaria* wesentlich nothwendig, und daher unnachlässig? Wer ist davon frey?

Der Proprietar hat also nach dem Edict des Prätors ein vollkommenes Recht, die usufructuarische Caution zu

§ 3

for

69) L. 1. §. 1. D. b. t. Haec stipulatio, siue mobilis res sit, siue soli, interponi debet.

70) C. Io. D'AVEZAN cit. loc. pag. 146.

71) C. Herm. VULTEJUS in Jurisprud. Rom. §. 3482. MÜLLER ad Struvii Synt. iuris civ. Exerc. XII. §. 73. not. 7 und LUDOVICI usus pract. Distinction. iuridic. Lib. VII. Tit. 5. Dist. I.

72) §. 2. I. de usufr. L. 7. D. de usufr. ear. rer. quae usu consum. L. 7. §. 1. D. b. t.

fordern, und ehe diese nicht geleistet worden ist, kann der Usufructuar gar nicht mit Wirkung auf Einschränkung des ihm versprochenen oder vermachten Nießbrauchs klagen⁷³⁾. Ist auch die nuznießliche Sache schon übergeben, so kann sie, wegen verweigerter Cautionsleistung, zurückgefordert werden⁷⁴⁾. Das Recht des Proprietars ist so fest begründet, daß selbst die Verfügung des Testators, bey einem im Testament constituirten Nießbrauche, der Usufructuar solle keine Cautio leisten dürfen, keine verbindliche Kraft hat. *L. 7. Cod. Ut in possessionem legatorum* sagt ausdrücklich: *Scire debetis, fideicommissi quidem et legati satisfactionem remitti posse, D. Marcus et D. Commodum constituisse. Ut autem boni viri arbitratus is, cui usufructus relictus est, utatur fruatur: minime satisfactionem remitti testamento posse.* Das nämliche wird auch in Ansehung der cautio quasi usufructuaria *L. 1. C. de Usufr.* verordnet. Viele Rechtsgelehrten halten diese Vorschrift der Gesetze für unbillig, oder wenigstens für ganz inconsequent⁷⁵⁾. Denn könnte der Testator dem Usufructuar das völlige Eigenthum vermachen, warum sollte er nicht befugt seyn, ihm die Cautio zu erlassen? Man hat sie daher auf allerley, zum Theil sonderbare Art zu modificiren gesucht. Einige⁷⁶⁾ behaupten nämlich, das

Se

73) *L. 13. pr. D. de usufr.*

74) *L. 7. pr. D. b. t.*

75) *G. Car. Ferd. HOMMEL Diss. de iniquitate legum Rom. remissionem cautionis usufructuariae testatorj denegantium. Lipsiae 1764.*

76) *Marq. LXXLAMA A NYHOLT Membranar. Lib. VII. Eccllog. 29. pag. 335. Arn. VINNIUS Selectar. juris Quaestion. Lib. I. cap. 29.*

Gesetz rede nur von dem Theil der Caution, vermöge welchen der Usufructuar wie ein guter Wirth mit der Sache umgehen wolle. Nur diesen könne der Testator demjenigen, welchem er den Nießbrauch vermacht hat, nicht erlassen, ne boni mores offendantur, grassandique suspicio faveatur; wohl aber könne der Theil der Caution remittirt werden, welcher die Restitution des Nießbrauchs nach dessen Beendigung betrifft, weil sich hier der Proprietar der Reivindicatio bedienen könne. Allein wenn gleich in dem Gesetz nur des ersten Theils der Caution ausdrücklich Erwähnung geschieht, so läßt sich doch daraus noch keineswegs schließen, daß das Gesetz bey dem andern Theil desselben keine Anwendung finde, weil ja bey dem einem, wie bey dem andern, der nämliche Grund eintritt. Es ist überdem dem Sprachgebrauche der Gesetze gemäß, unter den im Gesetz angeführten erstern Worten die ganze Cautionformel zu verstehen ⁷⁷⁾. Mit Recht verwerfen daher Gerh. Noodt ⁷⁸⁾ und Joh. Ottwin Westenberg ⁷⁹⁾ jenen Unterschied. Noch subtiler ist die Distinction des Galvanus ⁸⁰⁾. Nach dessen Erklärung soll das Gesetz den Sinn haben, daß zwar nicht das ius cautionis, wohl aber der usus cautionis vom Testator remittirt werden könne, d. i. der Testator könne nur nicht machen, daß der Usufructuar nicht verbunden werde zu caviren; dahins

ge

cap. 29. Io. Henr. de BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. III.
Th. 19. not. 8. in fin.

77) L. ult. D. b. t. L. 13. pr. D. de usufr. L. 4. C. eodem.

78) De usufr. Lib. I cap. 19.

79) Divus Marcus Diss. XXXV. §. 10.

80) De usufr. Cap. XX. §. 8. pag. 222.

gegen könne er wohl verordnen, daß der Erbe die Cautlon nicht fordere ⁸¹⁾). Ich übergehe andere eben so ungegründete Erklärungen, und verweise auf Höpfner ⁸²⁾, der sie ausführlicher angeführt, und widerlegt hat. Sollte aber wohl deswegen, weil die Cautlon vom Testator nicht erlassen werden kann, diese Zusicherung zum Wesen des Ususfructverhältnisses so nothwendig erfordert werden, daß sie auch nicht einmal durch Vertrag erlassen werden könne? Viele ⁸³⁾ behaupten dieses wirklich, obgleich aus verschiedenen Gründen. Einige halten einen solchen Vertrag für gesetzwidrig, weil der Ususfructuar durch Erlassung der Cautlon zum Mißbrauch der Sache gereizt werden würde. Andere hingegen meinen, es werde dadurch wenigstens die Natur des Ususfructverhältnisses beschränkt. Denn ohne ein besonderes Versprechen des Ususfructuars: *restitutum iri, quod inde extabit*, würde derselbe nicht für einen Schaden durch Unthätigkeit verantwortlich seyn, weil in jenem Versprechen gerade die Zusicherung liege, für alles Abhandenkommen, oder Destruction des Objects (*custodia*) einzustehen zu wollen, sobald dem Ususfructuar ein Versehen dabey zur Last fallen sollte. Das *debet interponi haec stipulatio*, welches L. 1. §. 1. D. h. t. vorkommt, und so manche andere Stellen, welche diese Verbindlichkeit

wie

81) Auf eine andere Art sucht MALBLANC in Princip. iur. Rom. P. II. §. 433. die Distinction des GALVANUS zu vertheidigen.

82) Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 373.

83) GER. NOODT cit. loc. Lib. I. esp. 19. Io. SCHILTER PRAX. iuris Rom. Exercit. XVII. §. 63. SAM. DE COCCEJI iur. civ. contr. h. t. Qu. 5. und FRANZ. SCHORMAN Handbuch des Civilrechts. I. B. S. 347. ff.

wiederholen, bekräftigen auch, was die Philosophie des Rechts ausspricht. Allein daß die Erlassung der Caution durch Vertrag für rechtswidrig zu halten sey, läßt sich wohl mit Grund nicht behaupten. Es giebt ja Contracte, wodurch man dem Andern den Gebrauch einer Sache einräumt, und doch von einer Caution gar nicht die Frage ist. Sodann erlassen ja auch selbst die Geseze in manchen Fällen die Caution, wie wir nachher bemerken werden; warum sollte es also dem Proprietar nicht erlaubt seyn, die Caution dem Usufructuar zu erlassen? Ulpian sagt nur, *L. 1. pr. D. b. t.* der Prätor habe die Einführung der Caution für billig gehalten, (*aequissimum Praetori visum est*). Daß sie nun darum auch wesentlich nöthwendig sey, folgt daraus noch nicht. Denn die Caution bezweckt bloß die Sicherheit des Proprietars, wie Ulpian *L. 13. pr. D. de usufr.* ausdrücklich sagt; sie betrifft also nicht schlechthin die Natur des Ususfructus. Ueberdem erfordern die Geseze ohnehin von jedem Usufructuar, daß er mit der Sache so umgehe, wie ein ordentlicher Hausvater zu verfahren pflegt. *L. 65. D. de usufr.* und da die *custodia* für ein, jedem guten Hausvater eignes, Prädicat gehalten wird⁸⁴⁾; so braucht sie nicht erst durch ein besondres Versprechen begründet zu werden. Diese *custodia* wird auch ausdrücklich vom Usufructuar verlangt. *L. 2. D. b. t.* Kein Wunder, wenn daher die meisten Rechtsge-

84) §. 5. *I. de locat. et conduct.* *L. 1. §. 4. D. de obligat. et act.* *L. 11. D. de peric. et commod. rei vendit.* *L. 13. §. 1. L. 14. D. de pign. act.* *L. 35. §. 4. D. de contrab. emt.* C. SCHÖRMANN Handbuch des Civilrechts I. B. C. 248. 252. 254.

gelehrten ⁸⁵⁾ die Caution blos für ein naturale ususfructus halten. Demohngeachtet bin ich überzeugt, daß wo die Verbindlichkeit des Usufructuars für schädliche Unthätigkeit zu haften, nicht durch Vertrags- oder andere rechtliche Verhältnisse begründet ist, die Caution zum Wesen des Ususfructverhältnisses gehöre. Denn man erwäge, daß die Gesetze den Bürger nur eigentlich dann zur Entschädigung unbedingt verpflichten, wenn er oder sein Eigenthum die unmittelbare Ursache der Beschädigung seines Mitbürgers ist, und dann kann freylich wohl jedes Versehen, sey es auch das geringste, worauf das positive schädliche Factum folgte, mittelst der Klage aus dem Aquillischen Gesetz vindicirt werden ⁸⁶⁾. Sie legen hingegen dem Bürger keine absolute Pflicht auf, den vernichtenden oder verderbenden Eindruck äußerer Umstände der Natur oder dritter Personen von des Mitbürgers Eigenthume abzuwenden. Nur durch eigene Verabredungen kann eine solche Verbindlichkeit begründet werden ⁸⁷⁾. Nun entspringt aber der Mißbrauch nicht immer aus Contractsverhältnissen, sondern auch aus andern Quellen, und vorzüglich aus letzten Willensverordnungen. Es muß also hier das, wozu sich der Contrahent schon stillschweigend verpflichtet, nämlich für

85) GALVANUS de usufr. Cap. XIX. §. 6—9. VOET Commentar. h. t. §. 9. et II. SCHULTING Thesum controversar. Decad. XXII. §. 9. WESTENBERG Princip. iuris Digestor. h. t. §. II. BURCHARDI Diff. cit. §. 24—27. EMMINGHAUS ad COCCEJI ius civ. contr. h. t. Qu. 5. not. a. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1140. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 432. THIHAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 619. u. a. m.

86) L. 44. D. ad leg. Aquil.

87) C. SCHOEMAN a. a. D. C. 234. ff.

für schädliche Unthätigkeit haften zu wollen, durch ein besonderes Versprechen begründet werden. Hierzu wollen die Gesetze in solchen Fällen der Regel nach jeden Usufructuar angehalten wissen, wo der Ususfructus nicht durch Vertrag constituirte worden ist, wenn dem Proprietar deshalb eine Entschädigungsklage zustehen soll. Ganz entscheidend sagt Ulpian L. 13. §. 2. *D. de usufr.* wenn keine Caution geleistet worden, so hafte der Usufructuar nur, wie jeder Andere, der fremde Sachen verdorben hat, für schädliche Thätigkeit mit der Klage aus dem Aquilischen Gesetz, oder dem Interdicto, *quod vi aut clam*. Um ihn aber auch für schädliche Unthätigkeit verantwortlich zu machen, habe die *actio praetoria ex stipulatu*, welche durch die Caution begründet wird, eingeführt werden müssen. Die Worte selbst lauten so: *De praeteritis autem damnis fructuarius etiam lege Aquilia tenetur; et interdicto, quod vi aut clam, et Iulianus ait; nam fructuarium quoque teneri his actionibus, nec non furti, certum est: sicut quolibet alium, qui in aliena re tale quid commiserit. Denique consultus, quo bonum fuit, actionem polliceri Praetorem, cum competat legis Aquiliae actio? Respondit, sunt casus, quibus cessat Aquilia actio: ideo iudicem dari, ut eius arbitrato utatur. Nam qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus corrumpi patitur, lege Aquilia non tenetur. Eadem et in usufruario dicenda sunt. Daß in dem Versprechen: restitutum iri, quod inde extabit, wirklich die Zusicherung liege, für alles Abhandenkommen oder Destruction des Objects, (custodia) einstehen zu wollen, sofern dem Usufructuar eine culpa dabei zur Last fallen sollte, ergiebt sich noch aus einer andern Stelle desselben Ulpians, welcher L. 1.*

§. 7. *D. h. t.* sagt: *Stipulationi, restitutum iri, quod inde exabit, interdum inerit proprietatis aestimatio, si forte (zum Beispiel) fructuarius, cum posset usucapionem interpellare, neglexit: omnem enim rei curam suscipis.* Eben dies bekräftiget auch Paulus *L. 2. D. h. t.* wo er sagt: *Nam fructuarius custodiam praestare debet.* Hieraus nun flärt sich auf, warum die Geseze dem Erblasser nicht erlauben, dieses Versprechen dem Usufructuar zu erlassen. Denn der Grund, daß der Testator dem Rechte des Erben nichts vergeben könne, oder einem Rechte nicht entsagen könne, welches nicht ihm, sondern seinem künftigen Erben zusteht, wie man gewöhnlich die Vorschrift des Gesetzes erklärt ⁸⁸, giebt keinen hinlänglichen Aufschluß, so wenig, als der Grund, weil sonst der usufructus gar leicht in volles Eigenthum übergehen könnte ⁸⁹). Es können jedoch Verhältnisse eintreten, wo die sonst gewöhnliche Caution wegfällt. Man giebt deshalb mancherley Fälle, als Ausnahmen, an, die aber einer genauern Prüfung zu unterwerfen sind. Man sagt, 1) der Vater sey cautionsfrey in Ansehung des ihm an dem peculio adventitio seiner Hauskinder zustehenden Nießbrauchs. Dies hat allerdings nach dem Gesez (*L. 8. §. 4. C. de bonis, quae lib.*) seine Richtigkeit. Allein hier tritt ein besonderes Verhältniß ein. Die aus der väterlichen Gewalt resultirende Personeneinheit hinderte alle Cautionseistung ⁹⁰).
 Ueber-

88) VOET h. t. §. 9.

89) E. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts §. 239. der zweiten Aufl.

90) *L. 50. D. ad Scutum Trebellian.* Cautiones non poterant interponi, conservata patria potestate.

Uebrigens bringt es auch schon die väterliche Pflicht, welche Natur und Staat dem Vater auferlegt haben, mit sich, das Beste seiner Kinder zu besorgen, vermöge welcher er als, in Ansehung der Adventizien der Kinder, schon eben so, wie ein jeder anderer Usufructuar, haftet. 2) daß der Fiscus frey sey. Allein der Fiscus braucht nur keine Satisfaction durch Bürgen zu bestellen⁹¹⁾, wie sonst ein Usufructuar. Er muß aber doch durch ein simples Versprechen caviere, welches die Stelle der Satisfaction vertritt. Ulpian sagt ganz allgemein L. 6. §. 1. D. *Ut legator. vel fideicommissor. servandor. causa caveat.* Admonendi autem sumus, rebus publicis remitti solere satisfactionem. *Repromissio* plane exigenda est. 3) Wenn dem Usufructuar dereinst die Proprietät zufällt, so sey er frey. Dies ist nur wahr, wenn er die gewisse Hoffnung hat. Dann leistet er freylich keine Caution, weil er schon sogut, als Proprietar zu betrachten ist⁹²⁾. Ferner 4) der Ehemann, als Nutznießer der Güter seiner Frau. Allein der Ehemann haftet in Ansehung des Dotalgutes seiner Ehefrau ohnehin schon für diejenige Umhätigkeit, welche er in seinen eigenen Geschäften nicht zu begehen pflegt, doch immer nur höchstens für culpa levis⁹³⁾. Für diligentia im engern Sinn steht er nicht,

91) L. 1. §. 18. *Ut legator.* sagt ausdrücklich: *Non solet Fiscus satisfacere.*

92) L. 9. §. 2. D. b. t. sagt: *Plane si ex die proprietas alicui legata sit, ususfructus pure: dicendum esse Pomponius ait, remittendam esse hanc cautionem fructuario; quia certum est, ad eum proprietatem, vel ad heredem eius perventuram.* C. WESTPHAL §. 702. not. 627.

93) L. 17. pr. D. de iure dot. L. 24. §. 5. in fin. L. 25. §. 1. D. *Soluto matrim.* L. 49. pr. D. *cod.*

nicht, auch nicht einmal für custodia⁹⁴⁾. In Ansehung der Paraphernalgüter haftet er nie für culpa levis, sondern nur für lata, womit die diligentia, quam in suis rebus adhibet, hier coincidirt⁹⁵⁾. Wozu also hier noch eine besondere Caution zur Begründung einer Klage? da die Ehefrau schon durch hinlängliche Klagen gedeckt ist. 5) Die Mutter, welche einige⁹⁶⁾ noch für cautionsfrey halten wollen, in Ansehung des Nießbrauchs, der ihr nach den Gesetzen an den Gütern ihres verstorbenen Mannes verbleibt, sofern sie das Eigenthum derselben durch Eingehung einer zweiten Ehe verlohren hat, ist nicht frey. Das Gesetz verpflichtet sie ausdrücklich zur Satisfaction⁹⁷⁾. Sie muß auch Caution leisten, wenn ihr der usus oder usufructus von ihrem verstorbenen Mann vermacht worden ist, und ihre leiblichen Kinder des Testirers Erben sind⁹⁸⁾. Noch setzt man 6) in der Praxis den Schenkenden hinzu, der sich den Nießbrauch vorbehalten hat⁹⁹⁾, weil theils der usufructus hier nicht erst erworben werde, theils aber auch einem Jeden frey stehen müsse, bey der Veräußerung die

94) L. 18. §. 1. in fin. D. Soluto matrim. S. SCHOEMAN im angef. Handbuch 1. B. S. 338.

95) L. 11. Cod. de pactis convent. SCHOEMAN c. 1. S. 338.

96) VOLT in Commentar. h. t. §. 7. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 619.

97) L. 6. §. 1. Cod. de secund. nupt.

98) L. 11. D. h. t. Usu quoque domus relicto, viri boni arbitratu interponi oportet. Nec mutat, si pater heredes filios simul habitare, cum uxore legataria voluit.

99) VOLT h. t. §. 8. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XII. Th. 1. de cocceji iur. civ. contro. h. t. Qu. 3. NOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1140.

die Bedingungen zu bestimmen, unter welchen er die Sache dem andern überlassen wolle. Es läßt sich diese Meinung allerdings vertheidigen. Allein der Grund ist, weil in dem Vorbehalt des Nießbrauchs an der geschenkten Sache eine stillschweigende Anerkennung der Pflichten des Usufructuarius liegt. Denn dieser Vorbehalt enthält, als eine *Act von constitutum*, die Erklärung des Donators, daß er die Sache, wie ein Usufructuar, auf dem Namen des Donators besitzen wolle, wodurch das Eigenthum auf den letztern übertragen worden ist ¹⁰⁰). Es bedarf also hier keiner weitem Stipulation, da hier Vertragsverhältnisse zum Grunde liegen.

§. 655.

In wiefern kann sich der Proprietar seines Rechts, Caution zu fordern, begeben?

So wenig nun also der Testator dem die Caution erlassen kann, welchem er den Nießbrauch vermacht hat, eben so wenig kann es sein Erbe selbst, wenn nicht die Natur des Ususfructverhältnisses dadurch beschränkt werden soll ¹). Dagegen leidet es keinen Zweifel, daß bey der Bestellung eines ususfructus unter Lebenden die Verpflichtung zur Caution vertragsmäßig erlassen werden könne.

100) L. 28. C. de donat. Man s. den 3. Th. §. 580. S. 107.

1) C. SCHOEMANS Handb. des Civilrechts 1. B. S. 348. und Kretschmanns kleine Abhandlungen aus dem Staats- und Privatrechte. (Bayreuth 1793.) 1. Th. Nr. 13.

könne²⁾ Jedoch wird im Zweifel eine solche Erlassung eben so wenig, als die Begebung eines Rechts, vermuthet. Die Caution kann daher noch immer gefordert werden, wenn gleich die Sache schon übergeben worden ist. Denn da die Gesetze schon den Usufructuar zur Cautionleistung auffordern, so war es von Seiten des Proprietars nicht nöthig, solche bei der Uebergabe in Erinnerung zu bringen³⁾. Ja, wenn auch die Caution wirklich erlassen worden wäre, so kann sie doch bei eintretender Gefahr einer
Dila-

2) VOET in Comm. h. t. §. 9. In dem Code civil Napoleon. Artic. DCI. kommt folgende Stelle vor: *Il donne caution de jouir en bon père de famille, s'il n'en est dispensé par l'acte constitutif de l'usufruit.* Daben machen DELAPORTE et RIFFÉ CAUBRAY dans les Pandect. français. (a Paris 1804.) T. V. p. 275. die sehr interessante Bemerkung: Suit-il des termes de cet article: „s'il n'en est dispensé par l'acte constitutif de l'usufruit, que le testateur puisse accorder cette dispense au légataire d'usufruit? La Loi 7. au Code ut in possess. legator. decide textuellement le contraire. — Il ne peut y avoir de difficulté relativement aux actes entre vifs. Nul doute, que celui, qui constitue un usufruit par un acte passé entre lui, et l'usufruitier, ne puisse décharger ce dernier de donner caution, puisque chacun peut renoncer librement au droit, qui lui appartient. La difficulté n'existe que relativement au testament, parqu'alors le testateur, en affranchissant le légataire d'usufruit de donner caution, ne dispose pas d'un droit tiers, c'est-à dire, de son heritier. Au reste, cette difficulté nous parait résolue par le Code civil. Il ne distingue point, par quel titre l'usufruitier peut être dispensé de donner caution. Il faut donc décider, qu'il peut l'être par testament, comme par tout autre acte.

3) L. 10. §. 1. D. de usufr. ear. rev. quae usu conf. L. 7. pr. D. h. t.

Dilapidation immer noch gefordert werden, weil auf diesen Fall die geschehene Erlassung nicht erstreckt werden kann ⁴⁾).

§. 656.

Wem ist die Caution zu leisten? Was stehen wegen derselben dem Proprietar für Rechtsmittel zu?

Die Caution muß nun zunächst demjenigen geleistet werden, an welchen, nach geendigtem Rechte des Verpflichteten, die Sache zurückkehrt, oder fällt ⁵⁾. Haben mehrere an der Proprietät Antheil, so muß sie einem je dem nach dem Verhältniß. seines Antheils geleistet werden ⁶⁾. Ist die Proprietät einem Andern unter einer Bedingung vermacht, so muß der Usufructuar wegen des ungewissen Ausganges der Bedingung sowohl dem Legatar als dem Erben caviren ⁷⁾. Besonders merkwürdig ist es, daß wenn mehreren zusammen an einer Sache der Nießbrauch vermacht worden ist, diese ebenfalls eine doppelte Caution leisten müssen. Sie caviren nämlich nicht nur sich einander gegenseitig wegen des Accrescenzrechtes, sondern auch dem Erben wegen des Rückfalls ⁸⁾.

§ i 2

Um

4) *C. Car. Aug. TITTEL* Diss. de fructibus ab usufructuario ante praestitam cautionem acquirendis *Ienae* 1762. §. 4. pag. 7. und *MALBLANC* Princip. iuris Rom. P. II. §. 433. in fin.

5) *VOET* Comment. h. t. §. 5.

6) *L. 13. pr. D. de usufr. L. 9. §. 4. D. b. t.*

7) *L. 8. D. b. t.*

8) *L. 8. cit.* sagt: Quodsi duobus conjunctim ususfructus legatus sit: et invicem sibi cavere debebunt, et heredi in calum illum, si ad socium non pertineat ususfructus, heredi reddi. *C. VOET* cit. loc. §. 5. und *WESTPHAL* de lib. et servit. praed. §. 695.

Um den Verpflichteten zur Cautionseistung zu nöthigen, stehen dem Proprietär mancherley Rechtsmittel zu Gebote. 1) Er kann die Sache so lange zurückbehalten, bis jener seine Verbindlichkeit erfüllt. (*Ius retentionis*). In diesem Falle percipirt auch der Proprietär in der Regel die Früchte selbst, bis die Caution bestellt ist ⁹⁾; sofern sie nicht etwa, nach der Natur des vermachten Nießbrauchs, zur nutznießlichen Substanz zu schlagen sind. Hierher gehört *L. 24. pr. D. de usufr. leg.* wo Papinian sagt: *Uxor fructu bonorum legato, foenus quoque sortium, quas defunctus collocavit, post impletam ex Scto cautionem praestabitur. Igitur usuras nominum in hereditate relictorum ante cautionem interpositam debitas, velut fortes, in cautionem deduci necesse est. Non idem servabitur, nominibus ab herede factis; tunc enim fortes duntaxat legatario dabuntur: aut quod propter moram usuras quoque reddi placuit, super his non cavebitur.* Es ist hier von einem usufructus omnium bonorum die Rede, welchen der Testator seiner Frau vermacht hatte, und die Frage, welche Papinian hier entscheidet, war, inwiefern der Legatarin die Zinsen von den zu dem Vermögen des Erblassers gehörigen Kapitalien gebührten? Unstreitig ist hier von dem Falle die Rede, wo der Haupterbe noch im Besitz des ganzen Vermögens war, wie Berger ¹⁰⁾ hier ganz richtig bemerkt hat. Dieses beweisen auch die Worte: *praestabitur — dabuntur*, ganz deutlich

9) *L. 13. pr. D. de usufr.*

10) *Resolution. Legg. obstant. h. t. pag. 146.* Siehe auch *TITTEL Decit. ill. §. 15.*

deutlich. Papinian unterscheidet nun zwischen den Capitalien, welche noch von dem Testator selbst, und denen, welche erst von dem Erben sind ausgeliehen worden. In Ansehung der erstern macht Papinian nochmals einen Unterschied zwischen Zinsen, die schon vor der Cautionsleistung gefällig waren, und den erst nachher verfallenen Zinsen. Erstere erhält die Usufructuarin nicht, aber auch der Erbe lucrirt sie nicht; sondern sie werden als Capital berechnet, und gehören zur Substanz des Vermögens, wovon der Nießbrauch vermacht worden ist. Sie sind daher unter der zu leistenden cautio de restituendo mit begriffen. Letztere hingegen müssen der Legatarin berechnet werden, und sie braucht solche nicht zu restituiren. In Rücksicht der von dem Erben ausgeliehenen Capitalien entscheidet Papinian für diesen. Der Haupterbe genießt sie, bis die Caution geleistet wird, und restituirt sie erst von der Zeit an, da er selbst in mora ist. 2) Hat der Proprietar die Sache schon übergeben, so kommt ihm wegen der Caution ein doppeltes Rechtsmittel zu. Er kann entweder die Sache durch die Reivindicatiön zurückfordern, bis die Caution geleistet ist, oder durch die condictio incerti auf Bestellung der Caution dringen¹¹⁾. Dem Proprietar kann deshalb keine Einrede der Verjährung entgegen gesetzt werden. Denn die Verpflichtung des Usufructuars bleibt fortdauernd, so lange der Nießbrauch währt¹²⁾. In Ansehung der Früchte

§ 3

pfllegt

11) L. 7. pr. D. h. t. Heut zu Tage wird eine bloße Imploratiön des richterlichen Amts schon für hinreichend gehalten. S. Schmidt's Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden. 2. Th. §. 459. S. 253.

12) VOET Comment. h. t. §. 11.

pflügt man hier insgemein einen Unterschied zu machen, zwischen solchen, welche der Usufructuar percipirt hat, ehe die Caution von ihm verlangt wurde, und den nachher gezogenen Früchten. Nur die erstern soll der Usufructuar behalten, die letztern nicht ¹³⁾. Allein die *L. 7. pr. D. h. t.* sagt kein Wort von einer Restitution der Früchte. *Si ususfructus nomine re tradita, satisdatum non fuerit: Proculus ait: posse heredem rem vindicare, et si objiciatur exceptio, de re ususfructus nomine tradita, replicandum erit;* (scil. *de satisfactione nondum praestita*) quae sententia habet rationem. Sed et *ipsa stipulatio* (i. e. *cautio*) *condici poterit*. Daher behaupten Cocceji ¹⁴⁾ und Westphal ¹⁵⁾ mit Recht, daß der Usufructuar die vor der Cautionsbestellung percipirten Früchte nicht zu restituiren schuldig sey ¹⁶⁾. Nur die Früchte a die *litis contestatae* sind mit

13) VORT h. t. §. 3. in fin. TITTEL Diss. cit. §. XI. LYNCKER Diss. de cautione usufr. §. 32 et 33.

14) Iur. civ. controuv. h. t. Qu. I.

15) De libert. et servitut. praed. §. 697. not. 924. et §. 699.

16) Im *Code civile Napoleon* Art. DCIV. kommt eine merkwürdige Stelle hierüber vor: *Le retard de donner caution ne prive pas l'usufruitier des fruits, auxquels il peut avoir droit; ils lui sont dus du moment, ou l'usufruit a été ouvert.* DELAPORTE et RIFFÉ-CAUBRAY dans les *Pandectes français*. Tom. V. pag. 283. machen dabey die Bemerkung: Suivant le *Code civile* le propriétaire pourra de meme empêcher l'usufruitier de se mettre en possession, jusqu'à ce, qu'il ait donné caution, mais les fruits ne seront pas moins dus à ce dernier, à compter de l'époque l'ouverture de l'usufruit; et si le propriétaire les a percus, il sera tenu de les lui restituer aussitôt, que la caution sera reçue.

mit Anton Faber ¹⁷⁾ billig anzunehmen. *Non tantum fructus suos facit, sagt dieser große Civilist, sed etiam lucratur fructuarius, quos percepit non modo ante praestitam nec petitam satisfactionem, sed etiam post petitam eam, dum ne lis eo nomine contestata sit. — Heredi enim non alia hic datur actio, quam vindicatio, et quidem non ususfructus aut fructuum, sed ipsius rei fructuariae. In quo iudicio vindicationis non alii fructus restituendi sunt arbitrio iudicis, quam qui percepti fuerunt a die litis contestatae, L. 20. D. de rei vindic. scilicet cum bonae fidei possessor fuit. L. 22. C. eod. Atqui plus quam bonae fidei possessor est, nec malae fidei possessor dici potest is, cui res fuit tradita a vero domino. L. 8. D. pro emptore.*

§. 657.

Auf welche Art ist die usufructuarische Caution zu leisten?

Soviel hiernächst die Art der Cautionsleistung betrifft, so wird in der Regel eine Sicherstellung durch Bürgen erfordert. Denn die Gesetze reden überall von einer Satisfactio ¹⁸⁾; und Paulus ¹⁹⁾ sagt ausdrücklich: *Fructuarius fideiussoribus oblati cavere cogetur.* Kann der Nutznießer keine tüchtigen Bürgen stellen, so hat der Richter aus den Umständen, und zwar theils nach der Beschaffenheit der Person, theils aus der Größe und Beträchtlichkeit des

§ i 4

Gegen-

17) Rational. in Pandect. Tom. II. P. II. ad L. 7. D. h. t. pag. 182.

18) L. 13. pr. D. de usufr. L. 5. §. 1. D. h. t.

19) Recept. Sentent. Lib. III. Tit. VI. §. 27.

Gegenstandes zu bestimmen, ob in dem gegebenen Falle einer Caution durch Pfand, oder der juratorischen Statt gegeben, oder ob nicht vielmehr die Sache sequestrirt, und dem Nutznießer, anstatt des Selbstgenusses, die Früchte verrechnet, oder das Gut an einen Dritten verpachtet, und dem Usufructuar die Pachtgelder, als Surrogat der Früchte, überlassen werden sollen ²⁰⁾.

§. 658.

Wirkung der usufructuarischen Caution. Kann der usufructus wegen Mißbrauchs der Sache eingezogen werden?

Die Wirkung der Caution besteht nun darin, daß wenn die Bedingung derselben eintritt, mit der daraus entspringenden *actio ex stipulatu* sowohl gegen den Fructuar, und desselben Erben, als auch gegen den Bürgen auf Leistung dessen geklagt werden kann, was durch diese Caution ist zugesichert worden. Da nun aber die usufructuarische Caution, wie wir oben (§. 653.) bemerkt haben, zwei Clauseln enthält, nämlich 1) die Sache ordnungsmäßig zu gebrauchen, und 2) sie nach beendigtem Mißbrauche zurück zu geben, so entsteht daraus der Unterschied, daß wenn jener ersten Clausel entgegen gehandelt wird, sogleich auf Entschädigung geklagt werden kann, ohne damit anstehen zu dürfen, bis der Mißbrauch beendigt ist; ja es kann sogleich geklagt werden, als die Bedingung derselben aufs neue eintritt; dahingegen auf Restitution der Sache nicht eher aus dieser Caution geklagt werden kann, als wenn

20) VDET Comm. h. t. §. 3. HOFACKER Princ. iuris civ. Tom. II. §. 1138.

wenn der Mißbrauch geendiget ist. Ulpian macht uns selbst auf diesen Unterschied aufmerksam, wenn er L. 1. §. 6. D. b. i. sagt: Habet autem stipulatio ista duas causas: unam, si aliter quis utatur, quam vir bonus arbitritur; aliam de usufructu restituendo: *quarum prior statim committitur, quam aliter fuerit usus, et saepius committitur; sequens committitur, finito usufructu.* Hieraus ist die Streiffrage zu entscheiden, ob der Usufructus durch Mißbrauch verwirkt werde? Die meisten Rechtsgelehrten ²¹⁾ stimmen nun zwar mit vollkommenem Grunde für die verneinende Meinung. Allein viele ²²⁾ denen

21) IAN. A COSTA Comm. ad: §. 3. l. de usufr. Io. IAC. WISENBACH Comm. ad Institut. Disputat. XII. §. 16. HUBER Praelect. ad Institut. Lib. II. Tit. IV. §. 11. Io. HARPPRECHT Commentar. ad §. 3. l. de usufr. nr. 59. sqq. Io. D'AVEZAN Servitut. libr. P. VIII. bey MEERMAN T. IV. pag. 209. GER. NOODT de usufr. Lib. II. cap. 9. Iv. ORTH. WESTENBERG Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. Lib. VII. Tit. IV. §. 8. HERNECCIUS in Not. ad VINNIJ Comment. ad §. 3. nr. 2. l. de usufr. WESTPHAL de lib. et servitut. praed. §. 690. not. 614. HOFACKER Princ. iur. civ. T. II. §. 1124. not. k. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 622. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 427. pag. 191. Noch sind folgende besondere Schriften zu bemerken: Ge. FR. KRAUS Diss. usufructum male utendo non amitti. Vit. 1762. Cbr. HENR. BREUNING Diss. an servitus usufructus amittatur abusu. Lips. 1771. und Io. FR. FLEISCHMANN Diss. de abusu rei fructuariae, modo tollendi usufructum spurio Altorfi 1778.

22) STRYK Us. mod. Pand. Lib. VII. Tit. 4. §. 6. de BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. 24. nr. II. de CRAMER Observat. iur. univ. Tom. III. Obl. 967. WALCH CONTROV. iuris Sect. II. cap. 3. §. 16. DELAPORTE et RIFFÉ-CAUBRAY Pandectes françaif. Tom. V. pag. 324. u. a. m.

Denen auch *Zeßfeld* beistimmt, suchen das Gegentheil zu vertheidigen. Manche Rechtsgelehrten haben einen Mittelweg eingeschlagen. Einige²³⁾ derselben nehmen zwar als Regel an, daß der Mißbrauch durch Mißbrauch nicht verloren gehe, sie nehmen aber den Fall aus, wenn dem *Usufructuar* ein bestimmter *modus* der Nutznießung vorgeschrieben worden, und er hätte diese Norm überschritten. Andere²⁴⁾ behaupten, daß die Nutznießung in dem Falle durch Mißbrauch verwirkt werde, wenn dem Eigentümer dadurch ein unplederblicher Schaden zugefügt worden wäre. Noch andere²⁵⁾ geben zu, daß nach dem *Pandectenrechte* der *usufructus* durch Mißbrauch nicht verloren gehe, allein in dem neuern Recht (*Auth. Qui rem. Cod. de sacros. Eccles.*) sey jenes Recht abgeändert. Unter allen diesen Meinungen ist nur die erste den Gesetzen des Röm. Rechts gemäß. *Ulpian* lehrt *L. 1. §. 5. D. h. t.* unwidersprechlich, daß durch Mißbrauch zwar Forderungen auf Entschädigung veranlaßt werden, welche der *Proprietar* sofort geltend machen kann, aber

der

23) *VOET* Comm. Lib. VII. Tit. 4. §. 5. *VINNIVS* Comm. ad §. 3. l. de usufr. nr. 2. *LAUTERBACH* Colleg. th. pract. Pand. Tit. Quib. mod. usufr. amitt. §. 5. *Corn. van ECK* Dig. eod. tit. §. 5.

24) *Lud. God. MADIHN* Princip. iuris Rom. P. III. §. 372. in fin. Allein *Madihn* sagt selbst: *quod tamen* (sc. ut proprietarius irreparabile damnum per abusum sentiat) propter cautionem ab usufructuario faciendam, et propter administrationem in casu deficiente cautionis alteri relinquendam vix cogitari poterit.

25) *Ant. FABER* Cod. Definition. forens Lib. III. Tit. 23. Def. 2.

der Mißbrauch selbst werde deswegen nicht aufgehoben. *Utilius autem visum est*, sagt er, *stipulatione de hoc caveri, ut, si quis non viri boni arbitrato utatur, committetur stipulatio statim, nec expectabimus, ut amittatur ususfructus*. Ja Ulpian sagt gleich nachher: *stipulatio saepius committetur*. Wie können die Gegner dieses mit ihrer Meinung vereinigen? Und doch berufen sie sich selbst auf diese Stelle! Die *L. 9. §. 5. D. de damno infecto* handelt von einem besondern Falle, da nämlich der Usufructuar sich weigert, die von ihm verlangte cautio damni infecti zu leisten, welcher an einem andern Orte (§. 641. b nr. IX) vorgekommen ist. Hier treten besondere Verhältnisse ein²⁶). Wenn man den §. 3. *I. de usufr.* wider uns gebraucht, so zeugt dieses von einer ganz unrichtigen Erklärung der Worte: *non utendo per modum et tempus*. Denn Justinian bezieht sich hier selbst auf seine Constitution, (*L. 16. C. de usufr.*) welche nicht vom abusus, sondern vom *non usus* redet. (§. 641.) Endlich, daß die angeführte *Auth.* eine Abänderung des Pandectenrechts enthalten soll, ist ein leerer Traum. Sie redet von verpachteten und zur Emphyteuse gegebenen Kirchengütern!! Ich rede jedoch bloß vom Römischen Recht, wenn ich behaupte, daß der Usufructus durch Mißbrauch nicht verwirkt werde. Nach neuern Rechten kann freylich jetzt ein Anders Statt finden, wozu uns der *Code Napoleon* einen wichtigen Beleg giebt, in welchem Art. 618. die merkwürdige Verordnung vorkommt: *L'usufruit peut aussi cesser par l'abus, que l'usufruitier fait de sa jouissance, soit en commettant des dégradations sur les fonds, soit en les laissant déperir faute d'entretien*.

Zum

26) G. WESTPHAL cit. lib. §. 250. §. 271. sqq.

Zum Beschluß ist noch zu bemerken, daß, außer der Caution, der Proprietar auch noch dies verlangen kann, daß über alle diejenigen Sachen, deren Nutznießung eingeräumt wird, ein beglaubtes Verzeichniß errichtet werde, damit dereinst, wenn sich der Nießbrauch endiget, ein günstiger Beweis darüber vorhanden sey, was der Usufructuar erhalten, und was er nun zu restituiren hat. In dem Römischen Rechte wird zwar nur die Errichtung eines solchen Inventars angerathen, wie aus *L. 1. §. 4. D. b. t.* zu sehen ist, wo Ulpian sagt: *Recte autem facient et heres et legatarius, qualis res sit, cum frui incipit legatarius, si in testatum redegerint, ut inde possit apparere, an et quatenus rem pejorem legatarius fecerit.* Es ist also hier keine schlechterdings gebietende Vorschrift erteilt, weil der Beweis dessen, was zu Anfang des Nießbrauchs existirt hat, auch auf andere Art geführt werden kann. Allein im *Code Napoleon* ist die Errichtung eines Inventars gesetzlich vorgeschrieben, um allen künftigen Streitigkeiten vorzubeugen, welche sonst über den Betrag und die Beschaffenheit des zur Nutznießung erhaltenen Gegenstandes entstehen könnten. Es heißt nämlich Articl. 600. *L'usufruitier prend les choses dans l'état ou elles sont; mais il ne peut entrer en jouissance, qu'après avoir fait dresser, en présence du propriétaire, ou lui dûment appelé, un inventaire des meubles et un état des immeubles sujets à l'usufruit.* Man hat darüber gestritten, ob nicht der Testator dem Usufructuar beim Vermächtniß des Nießbrauchs die Verbindlichkeit zur Errichtung eines Inventars erlassen könne. Die Verfasser der französischen Pandecten ²⁷⁾ läugnen es. *En légant l'usu-*

27) Les Pandectes françaises par I. B. DELAPORTE et P. N. RIFÉ-CAUBRAY Code civil. Tom. V. pag. 273. sqq.

l'usufruit seulement, sagen sie, il a voulu conserver la propriété à son héritier. Il y a donc contradiction dans la disposition, par la quelle il interdit les formalités conservatrices de cette propriété. Allein nach dem Sentiment eines Treilhard, Cambacérés und Malleville ist die bejahende Meinung im Staatsrathe gebilliget worden ²⁸⁾.

28) *E. les Pand. franc. a. a. D. Diese merkwürdige Stelle lautet folgendermaßen. On a demandé, lors des discussions au Conseil, si un testateur, en léguant l'usufruit, pouvait décharger le légataire de l'obligation de faire cet inventaire, et déclarer, que, dans le cas, où l'héritier ne voudrait pas se soumettre à cette disposition, il lègue la propriété. On a cité un jugement récent du tribunal d'appel de Paris, qui, dans ce cas, avait ordonné l'inventaire aux frais de l'héritier. Le Conseiller d'Etat, TREILHARD, a répondu, qu'il y avait lieu de douter, que le jugement invoqué eût été rendu dans cette espèce, parce qu'il est évident, qu'une pareille clause est valable; que le testateur, qui pouvait d'abord donner la propriété, peut, à plus forte raison, dispenser son légataire des conditions ordinaires imposées à la jouissance de l'usufruitier. Cette réponse ne nous paraît pas, à beaucoup près, péremptoire. Il n'est pas douteux, que le testateur a eu le droit de léguer la propriété; mais il ne l'a pas fait; il a seulement légué un usufruit. De ce, qu'il a pu léguer la propriété, suit-il, qu'il peut affranchir le légataire d'usufruit des formalités essentielles au droit qu'il lui attribue? il nous semble que non. — Nous pensons, en conséquence, que le jugement cité peut avoir été justement rendu dans l'espèce proposée. Le tribunal s'est conformé aux vrais principes, en matière de testament, en donnant à la disposition tout l'effet, qu'elle devait avoir. Cependant le Consul CAMBACÉRÈS a approuvé la réponse de M. TREILHARD. M. MALLEVILLE a été du même sentiment; et l'on voit, par le procès-verbal, que le Conseil a regardé la clause, dont il s'agit, comme valable.*

Zusätze und Verbesserungen.

§. 28. Not. 80. ist hinzuzufügen. WIELING hat jedoch in seinen *Lectioib. iuris civ. Lib. II. cap. 1.* seine Meinung geändert, und die von ihm sonst gebilligte Emendation selbst wieder verworfen.

§. 41. Not. 11. ist zur Erläuterung der daselbst angeführten *L. 18. D. Commun. praedior.* noch folgendes hinzuzufügen. Aus der ganzen Fassung dieser Stelle ergibt sich, daß eigentlich nach der Regel des strengen Rechts erfordert werde, daß alle Mittheilungsberechtigten zu gleicher Zeit ihre Einwilligung erteilen müssen, wenn dem praedio communi eine Servitut aufgelegt, und demselben eine Servitut erworben werden soll. Die Concession des einen ohne den andern ist für so gut, als nicht geschehen, zu halten. *L. 34. pr. D. de Servitut. praed. rustic. L. 2. D. de Servitut.* Von dieser Strenge des Rechts ist man nachher abgewichen, und hat den Grundsatz angenommen, daß wenn auch nicht alle Mittheilungsberechtigten zugleich ihre Einwilligung gegeben haben, dennoch durch die nachher erfolgte Einwilligung des andern Mittheilungsberechtigten die frühere Concession des erstern ihre Gültigkeit erhalte, nicht anders, als ob sie jetzt beyde zugleich die Servitut constituirten hätten. Warum die Concession des letztern hier keine retroractive Wirkung habe, sondern unnütz sey, wenn dieselbe erfolgt, nachdem schon der erste Constituent gestorben war, oder seinen Antheil veräußert hatte, ist streitig. *Em. MERILLIUS Differentiar. iuris. Cap. 7.* führt zum Grunde an, quod servitutes in iure constant, res iuris autem non facile retrorahantur. Allein der Grund liegt hier in der Natur der Sache selbst. Posterior enim actus confirmat priorem, non prior posteriorem. Mit Recht sagt daher *Io. Conr. RÜCKER Interpretation. iuris civ. Lib. I. cap. 2 pag. 171. Ideo fingitur eos pariter cessisse, non tunc, cum prior, sed tunc, cum posterior cederet; quia eo tempore, quo prior cedebat, ne quidem verum erat, omnes cessisse, adeoque inepte fingeretur, eos tunc plane pariter cessisse: at, cum postremus cedit, verum demum est, omnes cessisse: iam demum igitur cessionem pariter factam esse, commode fingi potest.* Ob diese Fiction aus der Billigkeit des prätorischen Rechts herzuleiten, oder durch die Interpretation der Rechtsgelehrten, oder durch die Disputatio fori eingeführt sey, ist ebenfalls streitig. Das Erstere behaupten *MERILLIUS a. a. O.* und *Franc. HORMANUS Lib. VII. Observat. 2.* denen auch *Abt. WIELING Lectio. iuris civ. Lib. I. cap. 21.* beistimmt. Das letztere aber *RÜCKER cit. loc. §. 172.* welche Meinung mit dem Ausdruck: *Receptum* est

est besser übereinstimmt. S. BRISSONIUS v. *Receptus. et Recipere* n. 6. Aus diesem allen ergiebt sich zugleich, daß die Worte: *sed perinde habetur, atque si post, cum postremus cedat, omnes cessissent*, gar keiner Emendation bedürffen, sondern mit der ganzen Rede in dem besten Zusammenhange stehen. Mit Recht ist daher die Emendation des *Siegm. Reich. JAUCHIUS*, welcher in *Meditar. critic. de negationibus*, quae in *Pandectis Florentinis* abundant vel desunt. Cap. XVI. nr. 4. *Nec perinde habetur* lesen will, von RÜCKER c. I. pag. 175. sqq. und WIZLING l. c. pag. 73. Not. *. verworffen worden. Man s. noch I. B. KOEHLERI *Interpretat. et Emendat. lur. Rom. Lib. II. cap. 5.*

§. 189. Not. 37. sind noch hinzuzufügen: *Iac. CUIACIUS* in *Comm. ad L. 19. D. de Usu et usufr. leg. Tom. I. Oper. pag. 1435.* und *Christ. Gotth. HÜBNER* in *Comment. ad Titulum Digestor. de rebus dubiis. P. I. Lipsiae 1802. 8. Cap. II. Not. 140. pag. 138.*

§. 191. 3. 6. ist nach den Worten arbitrato noch Folgendes hinzuzufügen. Man wendet zwar ein, die *L. 19. D. de usu et usufr. leg.* sey aus *Modestinus libro Erematicorum* genommen, worin er nur Cautelen gegen Mißdeutungen an die Hand gegeben, welche die strenge Auslegung der Vermächtnisse sonst leicht veranlassen konnte. Allein diese Cautel sey nun nicht mehr nöthig, nachdem man auch bey der Auslegung der Vermächtnisse bloß auf den Willen des Testators zu sehen habe. Die Worte des *Modestinus*: *Interdum plus valere scripturam, quam actum sit* deuteten selbst auf die ehemalige strenge Interpretation der Vermächtnisse hin. Allein, es war einmal allgemein anerkannter und festgesetzter Sprachgebrauch, daß das Wort *fundus* das volle Eigenthum des Gutes mit Inbegriff des Nießbrauchs andeutet. *L. 56. §. 7. L. 58. D. de verbor. oblig. L. 6. D. de usufr. ear. rer. quae usu consum. L. 10. D. de usufr. leg.* Diesen Sprachgebrauch kannte jeder Römer, und diesem gemäß mußte auch sein letzter Wille erklärt werden, wenn er nicht selbst deutlich erklärt hat, daß er die bloße Proprietät vermacht haben wolle. Non enim ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere, sagt *Servius L. 7. §. 2. D. de supellect. leg.* Et quotiescunque non ambigitur, quin vocabulum, quo usus est testator, aliquid comprehendat, aut non comprehendat, qualiscumque fuerit mens et voluntas testatoris, a scripto non est recedendum hat hierbey *AVERANIUS* Interpretation. iuris Lib. III. cap. 18. nr. 5. richtig bemerkt. Unstreitig war den Verfassern der *Pandecten* die im Jahr 529. erlassene *L. 2. C. Commun. de iur. et fact. test.* schon bekannt, und dennoch sollten sie so viele Stellen unabgeändert gelassen haben, die hiernach hätten abgeändert werden müssen?

§. 283. nr. 2. lit. a. 3. 6. ist statt *ad te* zu lesen *ad me.*

§. 358. Not. 89. muß nach *Observat.* noch *Lib. I.* eingeschaltet werden.

Gedruckt
bey Adolph Ernst Junge.



